

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

جامعة وهران – السانيا –

قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب

سي ناصر بوعلام

إشـــــراف

الدكتور: عبد القادر داودي

اللجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة في اللجنة
د: الهواري يوسي	أستاذ محاضر	جامعة وهران	رئيسًا
د: عبد القادر داودي	أستاذ محاضر	جامعة وهران	مقرراً
د: أحمد رباحي	أستاذ محاضر	جامعة الشلف	مناقشاً
د(ة): ليلى جمعي	أستاذة محاضرة	جامعة وهران	مناقشاً

السنة الجامعية

1432-1433هـ / 2011-2012 م


بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

المائدة /01

عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: عن النبي ﷺ قال:

"أَحَقُ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " .

رواه لبخاري ومسلم

الإهداء

- إلى من ربياني صَغِيرًا، وأدباني كَبِيرًا والدي الكريمين أهدي لهما هذا العمل المتواضع بِراً و وَفَاءً وعِرْفَاناً .
- إلى من تجمعني بهم صلة الرحم ورابطة الأخوة والدم ... إخوتي.
- إلى كل أفراد العائلة من أَكْبَرِهِمْ إلى أصغر بُرْعُمٍ فيهم.
- إلى كل من سلك طريق طلب العلم.

شكر و تقدير

- الشكر أولا و أخيرا لله رب العالمين، على ما أنعم علي بالتوفيق والتيسير لإتمام هذه الرسالة، وإخراجها على ما هي عليه، ومصداقا لقوله ﷺ:" من لم يشكر الناس لم يشكر الله"، أتقدم بالشكر الجزيل إلى شيخي وأستاذي فضيلة الدكتور عبد القادر داودي المشرف على هذه الرسالة والذي شملني بعطفه و رعايته و حسن استقباله، وأسدى نصحه، الذي كان له الأثر الحسن في مسيرة هذا البحث، فله مني كل التقدير والامتنان، راجيا من المولى عز وجل أن يجعل ثواب ذلك في ميزان حسناته.
- أتوجه بالشكر والعرفان إلى كل من مدّ لي يد العون وأعانني على إتمام هذا البحث من قريب أو بعيد،إما بنصح أو إرشاد أو دلني إلى كتاب أو أمر غائب عنيّ، أو دعا لي بالتوفيق، فأسأله جلت قدرته أن يجزيهم عني خير الجزاء.
- أتوجه بجزيل الشكر والتقدير للجنة المناقشة على صبرها في قرءاه وتصفح هذه الرسالة .

المقدمة

مُقَدِّمَة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبد الله ورسوله، بصّر من عمى وهدى من ضلالة وأرشد من غي، اللهم صل وسلم وبارك على هذا النبي الأمي وعلى آله الأطهار وأصحابه الأبرار ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

فإن الله عز وجل أرسل إلينا رسوله محمدا ﷺ هاديا ومربيا ومعلما، فكشفت به الغمة وتمت به النعمة ورسمت به الأحكام، وكان مماحث عليه التفقه في دين الله تعالى وطلب العلم الشرعي، فإنه من أكرم ما أنفقت فيه نفائس الأوقات، وبين أن سالك هذا الطريق قد يسعد في الدنيا وفي الآخرة، فقال عليه الصلاة والسلام:" من سلك طريقا يلتمس فيه علما سّهل الله به طريقا إلى الجنة"[1]، وقال أيضا:" من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين"[2]، ومن كرم الله عليَّ أن يسَّرَ لي سلوك طريق طلب العلم وتحصيله، ومن تمام نعمته وفقني لمواصلة طلبه في الدراسات العليا بكلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية بجامعة وهران، في تخصص الأحوال الشخصية والتي تعتبر الدراسة فيها شيقة لأنها تعالج فقها واقعيا، يتمثل في دراسة الأحكام المتعلقة بالأسرة المسلمة، منذ تكوينها أو إنشائها إلى غاية إنهائها.

---

[1] – أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، حديث رقم (2699)، من حديث أبي هريرة ﷺ (04/ 2074).

[2] – البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين، حديث رقم (71)،(01 /25). ومسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة، حديث رقم (1037)، من حديث معاوية ﷺ (02 / 719).

إن الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء مجتمع متماسك، لذا اعتنى بها المولى عز وجل في كتابه العزيز، فبين ما تعتريها من أحكام، وهذا كله نعمة من نعم الله عز وجل، فيسَّرَ لعباده أسباب العيش في نطاق أسري، أساسه المودة والسكينة والرحمة.

فقال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ الروم ٢١ .

فقد جاءت هذه الشريعة الغراء حريصةً كل الحرص على إظهار وإبراز مكانه هذا النظام الأسري، فأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من الضياع و التشتت، ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له، ومن تمام هذه الشريعة وكمالها أنها جاءت راعيةً لكل العهود والمواثيق والشروط، التي يشترطها الزوجان أثناء عقد الزواج، فعظمت السنة النبوية الشريفة من هذه الشروط التي يتفق عليها الزوجين، وجعلها النبي ﷺأحق بالوفاء من غيرها في باقي العقود، وهذا لأن النكاح أمره أحوط، وبابه أضيق ويعتبر أسمى العقود، ولعل موضوع البحث في الشروط المقترنة بعقد الزواج أو ما يصطلح عليها بالشروط الجعلية يجد اهتماما متزايدا وواضحا هذه الأيام مع تطور المجتمعات وازدياد الحياة الاجتماعية تعقيدًا ولا يخفى أن ما يتميز به عصرنا هو ازدياد حاجة الناس فيه إلى المشارطات في العقود وهذا بسبب اتساع مجال الحرية الفردية ورغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقا لظروفه الخاصة وتأتي أهمية هذه الشروط في عقد الزواج حيث أنه كثيرًا ما تتقدمه محادثات بين الزوجين أو من يمثلهما من الأهل وقد تتضمن عهودًا ووعودًا لولاها ما أقدم أحدهما على الزواج ثم لا توفى العهود ولا تنجز الوعود وينشأ الشقاق وتسوء العشرة.

والذي يمكن قوله كذلك هو أن هذا الموضوع لا ينفك عن الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة، لأن الإرادة هي مصدر ومنبع الاشتراط، وهناك من رجال القانون من يرى أنَّ الروابط بين الناس مبنية على الإرادة وأنَّ الأفراد أحرار في إبرام العقود.

ولما كان الأصل في العقد هو اللزوم والنفاذ وترتب آثاره عليه مما يتعلق بطرفي العقد، وانطلاقًا من قاعدة الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة حتى يقوم دليل على التحريم، وما اصطلح عليه الفقهاء بحرية التعاقد، عقدت العزم على جمع شتات هذا الموضوع (**الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون**)، من أمهات كتب الفقه وأصوله وفروعه، مقارنة بما جاء في قانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات العربية، وللإشارة فإن الدراسة في هذا الموضوع تقوم على ثلاثة مبادئ وهي:

أ- مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد أو حرية التعاقد.

ب- مبدأ الرضائية في عقد الزواج.

ج - العقد شريعة المتعاقدين.

أهمية الموضوع:

- تأتي أهمية موضوع الاشتراط في عقد النكاح لما له تأثير على العقد من حيث الصحة والفساد.

- العلاقة الوطيدة للموضوع بمبدأ سلطان الإرادة ومسألة آثار العقود، هل هي من عمل الشارع أم من عمل المتعاقدين؟

- كما تعود علاقة هذا البحث في الأصل إلى قاعدة الالتزام في الشريعة الإسلامية.

- توضيح الأحكام العامة للشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا بقطع النزاع في كثير من الخصومات التي تقع بين الزوجين، بسبب جهل كثير من الأزواج لهذه الأحكام فتسوء العشرة ويحل الشقاق بدل الوفاق.

أسباب اختيار الموضوع:

الدافع لاختياري البحث في هذا الموضوع أسباب كثيرة يمكن إيجازها فيما يلي:

1- تفرق مادة هذا البحث في كتب الفقهاء، وشراح الحديث قد يصعب على الطالب الوقوف عليها وهذا فضلاً عن عوام الناس، فأردت جمعها في هذا البحث.

2- التعرض للخلفية الفقهية للموضوع من خلال سرد الآراء والمذاهب الفقهية في هذا الموضوع.

3- التأكيد على مرونة الشريعة الإسلامية وتعظيمها لعقد الزواج وهذا من خلال بيانها ما يتوافق مع الشروط مع مقاصد النكاح وما لا يتوافق فَيُرْفَضُ أو يُلْغَى فَيُصْبِحُ كالعدم.

4- معرفة الآثار المترتبة في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها.

5- موضوع جدير بالاهتمام خاصة مع تطور متطلبات الناس اليوم وازدياد الحياة الاجتماعية أكثر تعقيدًا.

6- التعرض لجديد قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع ومعرفة أسباب تعديل بعض المواد المتعلقة به وهذا خاصة في الفقرة التاسعة، من المادة 53 حين جعل مخالفة الشروط المتفق عليها سببًا من أسباب التطليق.

7- دراسة التناقض الموجود بين نص المادتين 32 و 35، من قانون الأسرة الجزائري ومحاولة الجمع بينهما.

8- تسليط الضوء على بعض التشريعات العربية، مقارنة بالتشريع الجزائري، وهذا كالتشريع المغربي والتونسي والإماراتي، وذلك لإثراء الموضوع.

الدراسات السابقة:

لقد جاءت الدراسات السابقة في موضوع الاشتراط متعددة فمنها ما جاء خاص في الأحوال الشخصية، ومنها ما جاء يعالج الاشتراط بصفة عامة في كامل العقود سواء كانت ماليةً أو غير مالية، وأهم الدراسات التي وقفت عليها واعتمدت عليها في بحثي هذا هي:

- الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، د: محمد علو شيش الورثلاني، الطبعة الأولى 1417هـ، 1997م، برج الكيفان، الجزائر.

- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، د: حسن علي الشاذلي، الطبعة الأولى 1330هـ، 2009م، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، الرياض.

فقد حاولت من خلال هذه الدراسات دراسة هذا الموضوع، وهذا بالاعتماد على الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، لأن هناك بعض الدراسات اقتصرت على الدراسة الفقهية فقط، وبعضها كانت قانونية فقط، وحتى الدراسات التي كانت مقارنة، كانت عامة في العقود وخاصة في عقود البيوع، فأحببت من خلال هذا الجهد المتواضع أن استخلص بعض النتائج من شريعتنا الغراء ومقارنتها بما جاء في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، وتكييفها وفق ما يتطلبه نظام المشارطات في العقود ولا سيما عقد النكاح بالأخص.

منهجية البحث:

سلكت في إعداد هذا البحث ثلاثة مناهج:

- **المنهج الاستقرائي:** فهو المنهج الذي يغلب على هذا البحث، وهذا باستقراء الجزئيات من الكليات.

- **المنهج الاستدلالي:** وهذا بربط الجزئيات بكلياتها، ويكون هذا بإرجاع وربط الفروع بأصولها عن طريق الاستدلال على هذه الفروع، متتبعا النصوص الشرعية المتمثلة في كتاب الله وسنة النبي ﷺ وأقوال بعض الصحابة، محاولاً الاستشهاد بهذه النصوص في موضعها الصحيح.

- **المنهج الجدلي:** وهذا بجمع آراء الفقهاء الأربعة والتنبيه على رأي الظاهرية في بعض الأحيان، ومناقشة أدلة الفقهاء والخروج بالقول الراجح في المسألة أو بإعمال دليل الخصم مراعاة للخلاف، دون أن أنسى ما جاء به قانون الأسرة الجزائري بصفة خاصة، وما جاء في بعض التشريعات العربية بصفة عامة في مسألة الاشتراط في عقد النكاح.

كما حاولت الإعتماد على كتب التفسير في الاستشهاد بالقرآن الكريم، وكتب أحاديث الأحكام في الاستشهاد بالأحاديث النبوية الشريفة.

قمت بتخريج الأحاديث الواردة في البحث، مع بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها متتبعًا ما يلي:

- إن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما أكتفي حينئذ بتخريجه منهما أما إن لم يكن الحديث في الصحيحين فإني أخرجه من كتب السنة المعتبرة، مع بيان حكم النقاد فيها وبيان درجتها قدر الإمكان.

- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية وقد ذكرتها للاستئناس بها، وليست أدلة أساسية.

- اعتمدت على أمهات المصادر والمراجع في تحرير وتوثيق أقوال الفقهاء حسب كل مذهب فقهي.

- قمت في بعض الأحيان ببيان بعض المصطلحات والمسائل في الهامش مع عزوها إلى مصادرها.

إشكاليات البحث:

الإشكالية الرئيسة:

هل على القول بأن الأصل في الاشتراط الجواز يبيح للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما بدا لهما؟ أم لا بد هناك من ضوابط يجب أن يلتزم بها الزوجين عند الاشتراط؟ وما أثر ذلك على عقد الزواج؟.

الإشكاليات الثانوية:

- ما هو ضابط الاختلاف بين الفقهاء في مسألة الاشتراط حتى انقسموا بين مضيق وموسع؟

- ما مصير عقد الزواج الذي تخلف فيه شرط من الشروط المتفق عليها بين الزوجين؟

- إذا اشترط أحد الزوجين شروطا ثم لم يوف له بها فهل يحق له طلب التفريق لعدم الوفاء بها أم لا؟ و إذا كان له الحق في ذلك فهل يجب عليه رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي أم أنه يملك فسخ النكاح بإرادته دون حاجة إلى القاضي؟

- ما نوع الفرقة التي تكون بين الزوجين بسبب عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها؟ وما طبيعة المسؤولية المترتبة على عدم الوفاء بهذه الشروط؟

- هل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟ أم يعزف عن ذلك تطبيقًا لمبدأ حرفية النص التي تقضي بالشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق؟

خطة البحث:

يتكون المخطط الذي سأسير عليه في كتابة هذا البحث، إنشاء الله، من مقدمة، وفصل تمهيدي وفصلين آخرين، وقد قسمت كل فصل إلى مباحث، وكل مبحث مقسم إلى مطالب وهناك من المطالب من قسمتها إلى فروع حيث أمكن ذلك.

وهي بالتفصيل على النحو الآتي:

المقدمة: وتشمل التعريف بموضوع البحث، وأهمية البحث، وأسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهجية البحث، وإشكاليات البحث الرئيسية منها والثانوية.

الفصل التمهيدي:

حقيقة الشرط وسلطان الإرادة

المبحث الأول: حقيقة الشرط

المطلب الأول: تعريف الشرط

المطلب الثاني: أنواع الشرط

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات

المبحث الثاني: حقيقة سلطان الإرادة

المطلب الأول: حقيقة سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حقيقة سلطان الإرادة في القانون

المطلب الثالث: مجالات سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات

المطلب الرابع: علاقة الشرط بسلطان الإرادة

الفصـــل الأول:

ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الأول: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مسلك المضيقين (المانعين)

المطلب الثاني: مسلك المجيزين (الموسعين)

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

المبحث الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في القانون

المطلب الأول: عدم مخالفة النظام العام

المطلب الثاني: عدم مخالفة الآداب العامة

المطلب الثالث: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

الفصـــل الثاني:

أثر الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد

المطلب الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد

المطلب الثالث: الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها

المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون

المطلب الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

المطلب الثاني: مصير عقد النكاح في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو نقض بعض الشروط

المبحث الثالث: تطبيقات لبعض الشروط

المطلب الأول: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين

المطلب الثاني: اشتراط عدم تعدد الزوجات

المطلب الثالث: اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل خارج البيت

الخـــــــاتمة:

هذا وقد ذيلت هذا البحث بفهرس المصادر والمراجع المعتمدة في البحـــث حيـــث قمـــت بتقسيمها إلى مجموعات كما يلي:

1- مجموعة مصادر التفسير.

2- مجموعة مصادر الحديث وعلومه.

3- مجموعة مصادر أصول الفقه والقواعد الفقهية.

4- مجموعة مصادر الفقه الحنفي.

5- مجموعة مصادر الفقه المالكي.

6- مجموعة مصادر الفقه الشافعي.

7- مجموعة مصادر الفقه الحنبلي.

8- مجموعة مصادر الفقه الظاهري.

9- مجموعة مصادر الفقه العام.

10- مجموعة مصادر القانون.

11- المصادر اللغوية.

و قد سلكت في ترتيب هذه المصادر ترتيبا هجائيا، كما جعلت فهرسا للآيات حسب ترتيب السور في المصحف الشريف، وفهرسا للأحاديث النبوية والآثار.

هذا منهج البحث والخطة التي سرت عليها فيه، فإن يكن عملي هذا صوابا فهو محض توفيق من الله وحده، فله الحمد والشكر، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وحسبي أني بذلت كل ما في وسعي و لم أدّخر شيئا من جهدي لإتمام هذا البحث المتواضع، وأعتذر لكل قارئ ومتصفح لهذا البحث عما يجده من تقصير أو زلة قلم، لأن قدرة الإنسان مجبولة على النقص، ومهما بذل من جهد فقد يتبين له اليوم ما لم يعلمه بالأمس وأن ما كتبه يحتاج إلى مزيد من النظر والتنقيح، والله أسأل الهداية والتوفيق إلى سواء السبيل، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

الفصل التمهيدي:

حقيقة الشرط و سلطان الإرادة

المبحث الأول: حقيقة الشرط.

المطلب الأول: تعريف الشرط.

المطلب الثاني: أنواع الشرط.

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات.

المبحث الثاني: حقيقة سلطان الإرادة.

المطلب الأول: حقيقة سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حقيقة سلطان الإرادة في القانون.

المطلب الثالث: مجالات سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات.

المطلب الرابع: علاقة الشرط بسلطان الإرادة

المبحث الأول: حقيقة الشرط

إن مما يقتضي ذكره في الفصل التمهيدي التعريف بمصطلحات البحث، وهذا الذي سوف أتطرق إليه في هذا الفصل، وذلك بذكر حقيقة الشرط وسلطان الإرادة وكذا العلاقة بينهما.

المطلب الأول: تعريف الشرط

الفرع الأول: التعريف اللغوي[1]

الشرط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، وشرائط، وقد شرط له وعليه كذا شُرُطْ وشُرُطُ شَرْطاً واشترط عليه والشريطة كالشرط، وقد شارطه وشرط له في ضيعته[2] شرُطُ وشُرُطُ وشَرَطَ للأجير شُرُطاً شَرْطاً.

والشرط بالتحريك أي بتحريك الراء العلامة والجمع أشراط، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، وقد جاء في التتريل العزيز قوله عز وجل: ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَآءَتْهُمْ ذِكْرَىٰهُمْ ﴿١٨﴾ ﴾ محمد: ١٨ أي علاماتها.

والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا أعلمها له وأعدها ومنه سمي الشُّرَطُ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها وأشراط الشيء أوائله، قال بعضهم: ومنه أشراط الساعة وذكرها النبي ﷺ، والإشتقاقان متقاربان لأن علامة الشيء أوله ومشاريط الأشياء أوائلها كأشراطها، أنشد ابن الأعرابي:

---

[1] – لسان العرب، بن منظور، طبعة مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من السادة الأساتذة المتخصصين، دار الحديث، القاهرة، 1423هـ، 2003م، (79/05)، مختار الصحاح، الرازي، تحقيق: محمود خاطر، طبعة جديدة، بدون رقم الطبعة، 1415هـ، 1995م، مكتبة لبنان، ناشرون، بيروت، ص354.

[2] – **الضيعةُ**: الأرض المغلة والعمل النافع المربح كالتجارة والصناعة وغيرهما من الحرف وقد تطلق على الربح نفسه، ويقال فشت عليه ضَيْعَتُهُ إذا كثر ماله أو كثرت أشغاله، وانتشرت عليه أموره، أنظر: المعجم الوسيط ، محمد النجار، تحقيق مجمع اللغة العربية، بدون رقم وسنة الطبع، دار الدعوة، (547/01).

تَشَابَهُ أَعْنَاقُ الأُمُور وَتَلْتَوِي مَشَارِيطُ مَا الأَوْرَادُ عَنْهُ صَوَادِرُ

وأشراط كل شيء ابتداء أوله.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يعتبر مصطلح الشرط من المصطلحات الأصولية ولذا قمت بتقديم تعريف الأصوليون على تعريف الفقهاء، لأنه غالبا ما نجد علماء الأصول يذكرون الشرط في كتبهم وهذا في مباحث الحكم الوضعي.

قال صاحب شرح الكوكب المنير: " الأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط"[1].

والآن سوف أذكر تعريف علماء الأصول مع الشرح والتحليل.

البند الأول: تعريف الأصوليون[2]

الشرط اسم لما يضاف الحكم إليه وجودا عنده لا وجوبا به.

فإن قول القائل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، يجعل دخول الدار شرطا حتى لا يقع الطلاق بهذا اللفظ إلا عند الدخول، ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافا إلى الدخول موجودا عنده، لا واجبا به، ومن حيث أنه مضاف إليه وجودا عنده كان الدخول شرطا فيه.

---

[1] – شرح الكوكب المنير، ابن النجار، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الطبعة الثانية، 1418هـ، 1997م، مكتبة العبيكان، (435/01).

[2] – أصول السرخسي، السرخسي، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1993م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (303/02).

محترزات التعريف[1]:

اسم لما يضاف الحكم إليه: يشمل الشرط والسبب والعلة حيث أن كلا منهم يضـــاف الحكم إليه.

وجودا عند وجوده لا وجوبا به: يقصد به أن الشرط لا يوجب الحكم فلا يترتب على وجوده وجود الحكم ولكن لا يتحقق في وجوده إلا بوجود الشرط، كالوضوء في الصلاة مثلا فوجوده لا يوجب الصلاة، ولكن وجود الصلاة يلزمه وجود الوضوء وهذا القيد احترز به عن السبب والعلة، حيث يلزم من وجودهما الحكم، أو هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشمل على شيء من المناسبة في ذاته، بل في غيره.

فالقيد الأول: احتراز من المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء.

والقيد الثاني: احتراز من السبب، فلا يلزم من وجوده الوجود.

والقيد الثالث: احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب، فيلزم الوجود، ولكن لـــيس ذلك لذاته، بل لأجل السبب، أو قيام المانع، فيلزم العدم لأجل المانع لا لذات الشرط.

والقيد الرابع: احتراز من جزء العلة، فإنه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، غير أنه مشتمل على جزء المناسبة، فإن جزء المناسب مناسب.

---

[1] – الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادي، محمد أحمد سراج، على جمعة محمد، الطبعة الأولى، 1421هــ، 2001م، دار السلام، القاهرة، مصر، (152،151/01).

فانتفاء الشرط يلزم منه انتفاء الحكم كالإحصان مع الرجم، فالشـــرط مـــالا يوجـــد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده[1].

والخلاصة فالمتتبع لحقيقة الشرط عند علماء الأصول، نجد أن ضبط الحقيقة لهذا المصطلح ليست موطن اختلاف، لكن ما أوردوه من تعريفات مختلفة لضبط حقيقة الشرط جعل كـــل تعريف سعى إلى ضبط حقيقته على جهة جامعة مانعة.

البند الثاني: تعريف الفقهاء

لقد استعمل الفقهاء الشرط استعمالا لا يخرج عن أصل المعنى الأصولي، إلا أن استعماله فقها هو شكل من أشكال التطبيق في الفروع.

الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده[2] أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده[3].

من خلال تتبع تعريف الفقهاء للشرط نجد أنهم لا يختلفون كثيرا عـــن تعريـــف علمـــاء الأصول، لكن إعطاء تعاريف ومفاهيم كثيرة لضبط هذا المصطلح هو الذي جعلهم يختلفون في التكييف لمفهوم الشرط لكن النتيجة واحدة وهي أنه المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط، ولكن وجود الشرط لا يعني وجود المشروط، أي أن وجود الشرط لا يؤثر في وجود المشروط

[1] – روضة الناظر وجنة المناظر، بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد العزيز عبد الرحمـــان الســـعيد، الطبعـــة الثانيـــة، 1399هـــ، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ص57.

[2] – التعريفات، الجرجاني، تحقيق: نصر الدين تونسي، الطبعة الأولى، 2007م، القاهرة، ص209.

[3] – الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، البهوتي، تحقيق: سعيد محمد اللحام، بدون رقم وسنة الطبع، دار الفكر، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص56.

فالفقهاء كثيرا ما يتطرقون إلى حقيقة الشرط عند ذكر شروط عبادة أو معاملة ما، كشـــروط الصلاة مثلا و شروط البيع، لأن غايتهم في ذلك ليس ضبط حقيقة ومفهوم الشرط بقدر مـــا يعنيهم تطبيقه على فروع الفقه.

الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا

بعد أن تعرضت إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا، مع تحليل بعض التعـــاريف ســـوف أتطرق في هذا الفرع للتعريف القانوني للشرط مادام أن الدراسة في هذه الرسالة تقـــوم علـــى أساس المقارنة بين الفقه والقانون، وحتى نضبط تعريفا للشرط عند القانونيين، نعرج على بعض نصوص القوانين العربية الخاصة بالشرط، ثم نذكر تعريف فقهاء القانون مع الشرح والتحليل.

النصوص القانونية لبعض الدول العربية:

1- القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 203 منه على ما يلي: " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجـــوده أو زوالـــه مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"[1].

2- قانون المعاملات المدنية الإماراتي:

نصت المادة 420 من هذا القانون على ما يلي: " الشرط أمر مستقبل يتوقـــف عليـــه وجود الحكم أو زواله عند تحققه"[2].

[1] – الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] – قانون المعاملات المدنية، الإمارات، (1985/05).

3- مجلة الالتزامات والعقود التونسية:

جاء في الفصل 116 من هذه المجلة ما يلي: " الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود والأمر المتحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدان وجوده"[1].

لقد تطرق القانون المدني الجزائري للشرط في القسم الأول من الفصل الأول في الباب الثالث تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، وقد قرن بين الشرط والأجل، لكن قدم الشرط على الأجل في الدراسة، غير أنه لم يعط تعريفا دقيقا للشرط، ودراسة المشرع الجزائري للشرط في باب بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، إقرار منه لإرادة المتعاقدين في الاشتراط وهذا لتعديل العقد أو التصرف، أما فيما يخص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات فقد صرح بتعريف الشرط وإعطاء مفهوم له دون غموض وجعل وجود الحكم أو زواله متوقفا على تحقق الشرط، وعلى نفس المنوال نهج المشرع التونسي بحيث أنه جعل التصريح من المتعاقدين بإرادتهما هو عبارة عن الشرط لكن بموجبه قد يعلق وجود الالتزام أو انتهاؤه كما نوه على أن الشرط يكون غير محقق الوجود، وهذا بخلاف ما جاء في القانون المدني الجزائري الذي اعتبر الشرط ممكن الوقوع.

ومن خلال هذه النصوص القانونية، عرف فقهاء القانون الشرط بأنه:

أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله[2]، وقد ذكر

---

[1] – قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي، عدد 68 المؤرخ في: 15 أوت 2005م.

[2] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، بدون رقم وسنة الطبع، دار النهضة العربية، القاهرة، (07/03).

الشيخ مصطفى الزرقا تعريفا للشرط في الفقه الأجنبي فقال:

الشرط هو ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل، ومعنى كونه محتملا أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع[1].

فبعد ذكر تعريف القانونيين للشرط يتبين لنا جليا أهم العناصر التي يتكون منـــها هـــذا التعريف، والتي سوف نذكرها إجمالا ثم نفصلها.

1- أمر مستقبل.

2- غير محقق الوقوع.

3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله.

تحليل هذه العناصر:

1- **الشرط أمر مستقبل:**

يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا، لأنه إذا كان أمرًا ماضيًا أو حاضـــرًا فهـــو لـــيس بشرط، حتى ولو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعًا أو غير واقع، ولأن تعليق الالتزام على الماضـــي بمثابـــة تنجيزه وذلك لأن الشرط قد تحقق قبل صدور الالتزام، ومثاله: إذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود، فالعثور على المال المفقود أمر مستقبل ومن ثم كان الالتزام بالجائزة

[1] – المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانيـــة، 1425هـــــ، 2004م، دار القلـــم، دمشـــق، (589/01).

التزاما معلقا على شرط، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط[1].

2- **غير محقق الوقوع**[2]:

يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع لأنه إذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع، فإنه لا يكون شرطا بل يكون أجلا ويوضح الدكتور السنهوري ذلك في الوسيط فيقـــول: إذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد، كان الالتزام مقترنا بأجل لا معلقا على شـــرط، لأن موسم الحصاد في المألوف من شؤون الدنيا لابد آت، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شرطا.

كما لا يكون كذلك الشرط مستحيل الوقوع لأنه إذا علق الملتزم التزامـــه علـــى أمـــر مستحيل استحالة مطلقة فإن الالتزام لا يوجد أصلا، ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة، أي أنه يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان، فإذا وعد شخص آخر بإعطائـــه جـــائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليـــوم تعجـــز عجزا مطلقا عن الوصول إلى القمر، وإذا كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك في المســـتقبل، أو كأن يبيع الشخص لآخر دارا إذا طلعت الشمس من المغرب، كان هذا الشرط وهو طلوع الشمس من المغرب مانعا في وجود الالتزام أصلا، لأن الأمر المشترط مستحيل استحالة مطلقة.

---

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، (12/03)، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، حسن علي الشاذلي، الطبعة الأولى، 1430هـــ، 2009م، دار كنوز، اشبيليا، المملكة العربية السعودية، الرياض، ص16.

[2] – هذا العنصر الثاني الذي هو أن يكون الشرط غير محقق الوقوع، قد خالفه التشريع المدني الجزائري وجعل الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه وهذا حسب نص المادة203 من القـــانون المـــدني الجزائري.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام، بل يكون في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط، وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن إمكان تحقق الشيء المشترط وإذا تهيأت الظروف المناسبة لذلك، فيجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج حتى اليوم[1].

3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله[2]:

الشرط إما أن يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله، فإذا توقف عليه وجود الالتزام كان الشرط (واقفا)، أما إذا توقف عليه فسخ الالتزام أو زواله فإنه يسمى شرطا (فاسخا).

من خلال تحليل هذا العنصر نلاحظ فقهاء القانون أنهم يقسمون الشرط إلى نوعين أساسيين تتفرع منهما صور فرعية وهما[3]:

---

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري ، (15/03 وما بعدها)، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، حسن علي الشاذلي ، ص18 وما بعدها.

[2] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد السنهوري، (27/03)، المدخل الفقهي العام، الزرقا ، (590،589/01)، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، حسن علي الشاذلي، ص22،23.

[3] – وقد أخذ بهذا التقسيم للشرط معظم التقنينات المدنية العربية، وهذا كالقانون المدني الجزائري في المواد (207،206،205،204).

أ- **الشرط الواقف**: هو الشرط الذي يتوقف على تحقيقه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود ومثاله: كأن يقول الموظف آجرتك داري هذه سنة بكذا إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر، فتكون الإجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل.

ب- **الشرط الفاسخ**: هو الشرط الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام القائم، فإذا كان زوال الالتزام متوقفا على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط زال الالتزام وإذا تخلف لم يزل فيسمى هنا هذا الشرط بالشرط الفاسخ أو شرط إلغاء، لأنه يتوقف عليه زوال الالتزام وإلغاؤه، ومثاله: كأن يقول شخص لآخر استأجرت دارك على شرط أنني إذا نقلت وظيفتي إلى بلد آخر انفسخت الإجارة.

فتكون الإجارة قائمة بين الطرفين ولكنها تفسخ بوقوع النقل.

والفارق الأساسي عند فقهاء القانون بين النوعين في الحكم هو أن الالتزام في الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود، وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال.

لكن تقسيم الفقه الأجنبي للشرط إلى هذين النوعين واقف وفاسخ لم يسلم من النقد حيث ذكر الشيخ مصطفى الزرقا نقدا لهذا التقسيم فقال:

وأما تقسيم الشرط إلى نوعين موقف وفاسخ فليس في الحقيقة تقسيما للشرط نفسه إلى نوعين، بل هو تقسيم للأمر المشروط، فإن كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفا، وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخا، فالشرط في كلا الحالتين نوع واحد من قبيل التعليق، ولكن تعليق نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه، وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه.

وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه إلى نوعين مختلفي النتائج، بينما اختلاف النتائج ناشئ من اختلاف نوع الأمر المشروط، هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله، لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته[1].

الفرع الرابع: التعريف المختار

بعد أن ذكرنا تعريف الشرط لغة، واصطلاحا، وهذا عند الأصوليين والفقهاء، وكذا تعريف رجال القانون مع التحليل والشرح، فقد آن الأوان إلى ضبط تعريف دقيق، وفق ما يقتضيه موضوع البحث، وهو ما سنذكره في هذا الفرع:

وما دام موضوع البحث يتعلق بالاشتراط في عقد النكاح، فيجب أن يكون التعريف مقصورا على هذا النوع من الشروط.

" الاشتراط في عقد النكاح هو ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه غرض"[2].

المطلب الثاني: أنواع الشرط

لقد قسّم الفقهاء الشرط بعدة اعتبارات، كتقسيم الشرط من حيث الوظيفة مثلا، أو من حيث الموضع، والذي نحن بصدد البحث فيه والتطرق إليه هو تقسيم الشرط من حيث المصدر، وهذا لأن هذا التقسيم يتناسب و موضوع البحث.

---

1 – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (591/01).

2 – كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، تحقيق: محمد أمين الصاوي، الطبعة الأولى: 1417هـ،1997م، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (82/04).

الفرع الأول: من حيث جهة اشتراطه

قسم الفقهاء الشرط من حيث جهة اشتراطه أو من حيث المصدر إلى شـــروط شـــرعية وشروط جعلية.

البند الأول: الشروط الشرعية: وهي على ضربين[1]:

– ما كان راجعا إلى خطاب التكليف إما مأمورا بتحصيلها كالطهارة للصـــلاة وأخـــذ الزينة لها وما أشبه ذلك، وإما منهيّا عن تحصيلها كنكاح المحلل وما أشبه ذلك فهذا الضـــرب واضح قصد الشارع فيه فالأول مقصود الفعل والثاني مقصود الترك[2].

وما يرجع إلى خطاب الوضع كالحول في الزكاة والإحصان في الزنا وما أشبه ذلك فهذا الضرب ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط ولا في عـــدم تحصـــيله، فالشـــرط الشرعي هو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصـــح الحكـــم بدونه، وهذا كالشهود للنكاح، فقد أراد الله تعالى أن يحوط عقد النكاح بضـــمانات تكفـــل استقراره وتضمن عدم إنكاره، نظرا لما لهذا العقد من أهداف كبيرة تتمثل في الحفـــاظ علـــى الأنساب وكرامة الأسرة، فجعل الشارع الحكيم الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح، فـــإذا لم يوجد الشهود لا يصح عقد النكاح، وهذا الارتباط بين الشهود وعقد النكاح ارتباط أوجبـــه

[1] – الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، تحقيق: محمد عبد القادر الفاضلي، بدون رقم الطبعـــة، 1428هـــــ، 2007م، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، (192،191/01).

[2] – الأمر والنهي موضوعان في الأصل اللغوي لإفادة الطلب، الأمر لطلب الفعل، والنهي لطلب الترك، فالآمر قاصد إلى حصول الفعل، والناهي قاصد إلى منع حصول الفعل، وعليه فالأوامر والنواهي، إذا جاءت ابتدائية تصريحية، دلت على مقصود الشارع، الأوامر تدل على القصد إلى حصول المأمورات، والنواهي تدل على القصد إلى منع حصول المنـــهيات، أنظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، الطبعة الأولى، 1418هـــ، 1997م، دار الكلمة، المنصورة، مصر، ص236،237.

الشارع وأراده لمصلحة الجماعة وهو ارتباط شرعي، ومثل هذا الشرط يسمى شرطا شرعيا ويجري هذا في كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة صلاة أو حج، أو صحة تصرفات كبيع أو هبة أو وصية أو نكاح[1].

البند الثاني: الشروط الجعلية

هي الشروط التي أباح الشارع فيها للعاقدين أن يشترطها في العقود لتترتب أحكامها عليها، وهي شروط تثبت لتحقق الأحكام التي نيطت بالعقود، فهي شروط في أحكام وضعية، كاشتراط معجل المهر في الزواج[2]، فهذا النوع من الشروط ينشئها الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، فمصدر هذه الشروط هي إرادة الشخص، وقد سميت "**جعلية**"، لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا، وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق، وهذا النوع من الشروط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجودا وعدما[3]، وهذه الشروط الجعلية التي تكون بعمل العاقدين بإباحة من الشارع تنقسم إلى قسمين:

---

[1] – نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن علي الشاذلي، ص59.

[2] – أصول الفقه، محمد أبو زهرة، بدون رقم وسنة الطبع، دار الفكر العربي، ص61.

[3] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (394/01،395)، وقد ذكر الشاطبي رحمه الله: أن الشرط صفة للمشروط، وذكرها أيضا بعضهم على شكل قاعدة أصولية فقال:" الشرط مع المشروط كالصفة مع الموصوف"، لأنه لا يلزم من انعدام الصفة انعدام الموصوف، فالصفة مكمل وليس بجزء، ومن هذا المنطلق يرى الشاطبي علاقة الشرط مع =

القسم الأول: شروط تتصل بوجود العقد، فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط، وهذا كأن يكفل شخصا آخر إذا عجز عن الأداء، فإن شرط المعجز عن الأداء شرط لتحقيق الكفالة، فهو شرط مكمل للسبب، وهو عقد الكفالة.

القسم الثاني: شروط تكمل المسبب، وهي التي تقترن بالعقد فتزيد في التزاماته، أو تقوي هذه الالتزامات، كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلا بالثمن، أو يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن، إذا استحق المبيع، أي يتبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع، فإن هذين الشرطين ثابتان في المسبب وهو أثر العقد[1].

فالفرق بين هذين القسمين هو الفرق بين التعليق والتقييد فالقسم الأول مؤثر على السبب والثاني مؤثر على المسبب غير أنهما في الأصل يصدران عن إرادة العاقدين، والقسم الثاني من الشروط الجعلية له علاقة وطيدة ببحثنا هذا لذا سوف أذكر تعريفا للشرط التقييدي المقترن بالعقد.

= المشروط، حيث عدها علاقة مكمل، لا علاقة الجزء من الكل، مستندا في ذلك على الاستقراء في الشروط الشرعية وضرب عدة أمثلة نذكر واحد منها:

قال: ألا ترى أن الحول هو مكمل لحكمة حصول النصاب، وهي الغنى، فإنه إذا ملك فقط، لم يستقر عليه حكمه إلا بالتمكن من الإنتفاع به في وجوه المصالح، فجعل الشارع الحول مناطا لهذا التمكن الذي ظهر به وجه الغنى، أنظر: الموافقات، الشاطبي ، (187/01)، القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي، من خلال كتابه الموافقات، الجيلالي المريني، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م، دار ابن قيم، ص214.

[1]– أصول الفقه، أبو زهرة ، ص61،62.

تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد: هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا[1].

من خلال هذا التعريف يتبين أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصـــية، وقوله:

وارد في التصرف القولي عند تكوينه: يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبّان إنشائه بحيث يصبح من بنوده وأجزاءه التي تم التراضي على أساسها، وهذا مع الاقتران، فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له، ولو تضمن تكليف، لأنه غير مقترن، أما كونـــه "**زائـــد**"، فلإخراج الشرط الذي يتضمن التزاما هو من مقتضى العقد، لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط، فلا يفيد التزاما زائدا عمّا يقرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدها، فوجوده وعدمه سواء، في حين أن مجال بحثنا إنما هو في الشروط التي تعدل من آثـــار العقـــد وليست من مقتضاه[2].

ومن خلال هذه القيود يخرج الشرط التعليقي والشرط الإضافي، فالشـــرط التعليقـــي لا يوجب تكليفا زائدا عن مقتضى التصرف، وإنما هو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمـــر آخر، أما الشرط الإضافي فهو يفيد إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معـــين كمـــن يقول: "آجرتك هذه الدار اعتبارا من أول الشهر القادم"، فالعقد منعقد، ولكن آثاره لا يبـــدأ

1– بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، الطبعة الأولى، 1414هـــ، 1994م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (414/02).

2– المرجع السابق ، (414/02،415).

سريانها إلا بدءا من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه، فهو وإن كان شرطا مقارنا للتصرف، غير أنه لا يوجب التزاما زائدا عن آثار العقد الأصلية، فهو مختلف عن الشرط التقييدي المقترن مفهوما وأثرا[1].

ومن هنا يتضح لنا جليا الفرق بين الشروط الشرعية والشروط الجعلية وهذا من أربعة أوجه[2]:

- شروط النكاح من وضع الشارع، فالله ﷻ هو وضعها وجعلها شروطا وأما الشروط في النكاح أو الجعلية فهي من وضع العاقد وهو الذي شرطها.

- شروط النكاح يتوقف عليها صحة النكاح، أما الشروط فيه فلا يتوقف عليها صحته، إنما يتوقف عليها لزومه، فمن فات شرطه فسخ النكاح على خلاف بين الفقهاء، كما سنرى لاحقا في الفصل الثاني من هذا البحث.

- شروط النكاح لا يمكن إسقاطها كالتآمر على إسقاط المهر مثلا لا يجوز، والشروط في النكاح يمكن إسقاطها ممن هي له.

- شروط النكاح لا تنقسم إلى صحيح وفاسد، والشروط في النكاح تنقسم إلى صحيح وفاسد.

ولعل الفرق الجوهري بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي يبقى دائما هو أنه الشرط الشرعي ارتباطه بالمشروط شرعي بخلاف الشرط الجعلي.

---

[1]- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، (416،415/02).

[2]- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، الطبعة الأولى، 1427هـ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، (163،162/12).

الفرع الثاني:الفرق بين العقد المقترن بشرط والمعلق على شرط

يفترق العقد المقترن بشرط والعقد المعلق على شرط من ناحيتين[1].

أ– من حيث الصورة: إن العقد المقترن بشرط هو ما صدرت فيه الصيغة مطلقة أي خاليا من أداة الشرط كـ: إن، إذا وأما المعلق على الشرط فإنه تكون فيه أداء من أدوات الشرط ويسمى الشرط التعليقي.

ب– من حيث المعنى: الإيجاب في التعليق ربط تحققه بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به، فوجود العقد في التعليق متوقف على وجود الشرط المعلق عليه، لأن صيغة التعليق لا تكون منشئة العقد في الحال بل يوجد متى وجد الشرط المعلق عليه، إن كان العقد مما يقبل التعليق، وبعبارة أخرى أنّ الشرط جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد، وأما المقترن بالشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترن به ليس جزءا منه بل ذكر ليفيد أمرا زائدا عمّا تفيده الصيغة، فإذا جاء القبول وجد إيجابا يرتبط به بخلاف التعليق فإن القبول لا يجد إيجابا يرتبط به، فالمقترن بشرط هو منجز أي حاصل حالا، وينشأ وقت إبرامه بحسب صيغته ولا يتوقف على حصول شيء بعده.

فالفرق بين الشرط والتعليق هو أن التعليق ما دخل على أصل الفعل فيه بأداته كإن وإذا والشرط ما جزم فيه بالأول وشرط فيه أمر آخر[2].

[1]– أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مصطفى شبلي، الطبعة الرابعة، 1403هـ، 1983م، الدار الجامعية، بيروت، ص172، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، عبد القادر داودي، الطبعة الثانية، 1430هـ، 2009م، دار البصائر، الجزائر، ص147،148.

[2] – الأشباه والنظائر، السيوطي، الطبعة الأولى، 1403هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص376.

كما أن العقد المعلق بالشرط عدمٌ قبل وجود الشرط لأنّ ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه، بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في وجـوده علـى القيد بل سبقه عليه كما هو ظاهر[1].

وقد ذكر الإمام القرافي رحمه الله في الفرق الخامس والأربعون أن الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق يظهر ذلك في أنه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ولا من قبول الشرط قبول التعليق وذكر أنّ الحقائق في الشريعة على أربعة أقسام[2].

القسم الأول: ما يقبل الشرط والتعليق عليه: وهذا كالطلاق والعتاق، ونحوهما فيقبـل الشرط بأن يقول: أنت طالق وعليك ألف، فهذه صورة قبول الشرط فيلزم ذلك إذا اتفقا عليه وينجز الطلاق الآن، ويقبل التعليق على الشرط بأن يقول: إن دخلت الدار فأنت طـالق فـلا ينجز طلاق ولا يقع حتى يقع الشرط.

القسم الثاني: مالا يقبل الشرط ولا التعليق عليه: أي الذي لا يقبلهما، فالإيمان بـالله تعالى والدخول في الدين، فإنه لا يقبل الشرط فلا يصح أن يقول: أسـلمت علـى أنّ لي أن أشرب الخمر، أو أترك الصلاة ونحوه، ويسقط شرطه الذي قرن به إسلامه، وأما عدم قبولـه التعليق على الشرط فكقوله: إن كنت كاذبا في هذه القضية فأنا مسلم أو مؤمن، فـلا يلـزم إسلام إذا وجد ذلك الشرط، بل يبقى على كفره.

القسم الثالث: ما يقبل الشرط دون التعليق عليه: وهذا كالبيع، فإنه يصح أن يقـال: بعتك على أنّ لي عليك أن تأتي بالرهن، أو الكفيل بالثمن، أو غير ذلك من الشروط المقارنـة

---

[1] – شرح القواعد الفقهية، الزرقا، بدون رقم وسنة الطبع، دار القلم، ص258.

[2] – الفروق، القرافي، (384،383/01).

لتنجيز البيع، ولا يصح التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق.

القسم الرابع: مالا يقبل الشرط ويقبل التعليق عليه: و هذا كالصلاة مثلا فلا يصح أن يقال: أدخل في الصلاة على أن لا أسجد، ويصح تعليقه على الشرط فيقول: إن قدم زيد فعلي صوم شهر ونحوها من الشروط في النذور، فهذه الأقسام الأربعة في هاتين القاعدتين تدور عليها التصرفات في الشريعة[1].

كما أن التعليق لا عمل له في آثار العقد واحكامه بل عمله، أي شرط التعليق في المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد وتنتهي بتحقق الشرط أما عمل الشرط المقيد للعقد يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد، فيكون عمل الشرط حينئذ إما تقييد هذه الأحكام والآثار بعد أن كان المالك مطلق التصرف في ملكه وإما توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء بالمعقود عليه[2].

فإذا كان التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه كما يقتضي دوام انتفائه مادام الشرط معدوما أي إن المشروط مرتبط بالشرط وجودا وعدما، إذ يصير الشرط كالسبب للمشروط بإرادة المتصرف بعد أن لم يكن له به علاقة، وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"، وهذا بخلاف العقد في حالة التقييد هو منجز ومبرم فمعنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد، وإنما هناك التزام في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الأصلي[3].

---

[1] – الفروق، القرافي، (384،383/01).

[2] – نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن علي الشاذلي، ص67.

[3] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (575/01).

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات

لقد سبق وأن تطرقنا لحقيقة الشرط وذكرنا أنه مصطلح من المصطلحات الأصولية، لأنه غالبا ما يدرج في مباحث الحكم الوضعي، وقد حاولت بقدر الإمكان في هذا المطلب أن أتطرق إلى الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات لما لهذا التفريق من أهمية بالغة في ضبط المصطلحات، وقد ركزت على المصطلحات التي لها علاقة بالشرط كالركن الذي غالبا ما يذكره الفقهاء ويفرقون بينه وبين الشرط و خاصة عند ذكر الأركان والشروط وكذا الفرق بين الشرط والسبب والمانع والعلة.

الفرع الأول: الفرق بين الشرط والركن

الشرط ما خرج عن ذات الشيء وحقيقته، والركن ما كان جزءا من الذات أي الحقيقة الداخل فيها، فركن الشيء هو ما انبنى عليه فيه، والشرط ما وقف وجود حكمه عليه مما هو خارج عنه، بحيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط، لكن يلزم من عدمه عدم المشروط، فيتفق الشرط والركن في أنّ وجود الشيء يتوقف على وجودهما، ويفترقان من حيث الموقع فالشرط ما كان خارجا عن ماهية الشيء وحقيقته، والركن ما كان داخلا في ماهية الشيء وحقيقته أي جزءا منه.

مثال: الطهارة للصلاة شرط وهي أمر خارج عن الحقيقة، والركوع هو ركن من أركان الصلاة وهو جزء من حقيقة الصلاة[1].

---

[1]– القواعد، المقري، تحقيق ودراسة: أحمد بن حميد، بدون رقم وسنة الطبع، معهد البحوث العليمة وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (373،372/02)، التعريفات، الجرجاني، ص187.

ومن هنا كان للعقود والتصرفات أركان وشروط، فإذا اختل ركن أدّى إلى بطلان العقد والتصرف، بخلاف ما إذا اختل شرط أدّى إلى الفساد عند الحنفية لكونه في الوصف أي في أمر خارج عنه وعند الجمهور يعتبر الخلل في الوصف كالخلل في الأصل[1].

فالعلاقة بين الركن والشرط هي أنه كل منهما لا وجود للعقد أو للشيء إلا بوجودهما[2].

---

[1]– هذا الخلاف بين الجمهور والحنفية منشأه تقسيم العقود والتصرفات إلى صحيح وغير صحيح، والغير الصحيح عند الجمهور قسم واحد ولا فرق فيه بين الباطل و الفاسد، بخلاف الحنفية الذين قالوا بأن هذه القسمة الثنائية تجري في العبادات فقط فهي إما صحيحة أو غير صحيحة، وأما في العقود والتصرفات أي المعاملات المدنية فالقسمة ثلاثية، لأن العقد غير الصحيح ينقسم إلى باطل وفاسد.

فالباطل: هو الذي يكون الخلل فيه في أصل العقد أي في أساسه، والمراد بأصل العقد الركن، أو بعبارة أخرى، **الباطل**: هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه والمراد بالوصف هنا ما كان خارجا عن الركن كالشرط المخالف لمقتضى العقد.

وأما الفاسد: فهو ما كان الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد بأن كان في شرط من شروطه الخارجة عن ماهيته وأركانه، أو بعبارة أخرى، **الفاسد**: هو ما كان أصله مشروعا ولكن امتنع لوصف عارض، وقد تترتب بعض الآثار في العقد الفاسد، بخلاف الباطل الذي لا يترتب عليه أي أثر ويرجع **سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور**: إلى اختلافهم في أثر النهي المتوجه إلى وصف من أوصاف العمل اللازم له كالنهي عن بيع المجهول أو متعذر التسليم، فالحنفية يرون أنه يقتضي فساد الوصف فقط، أما أصل العمل فهو باق على مشروعيته، والجمهور يرون أنه يقتضي فساد كل من الوصف والأصل ومذهب الجمهور هو الراجح، بما أن الأمر دليل الصحة، فليكن النهي دليل الفساد المقابل للصحة، باعتبار كون النهي مقابلا بالأمر، ومن المقرر أنه يجب أن يكون أحد المتقابلين مقابلا لحكم آخر، أنظر: الإختيار لتعليل المختار، الموصلي، تحقيق: علي أبو الخير ، محمد وهي سليمان، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1998م، (266/02 وما بعدها)، أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، الطبعة الأولى، 1406هـ، 1986م، دار الفكر، دمشق، (106/01 وما بعدها).

[2]– الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، محمد علوشيش الورثلاني، ، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م، برج الكيفان، الجزائر، ص25.

الفرع الثاني: الفرق بين الشرط والسبب

نفرق بين الشرط والسبب بالحد[1] وقد سبق حد الشرط باعتباره موضوع البحث ولـــذا سوف أقتصر على بيان حد السبب فقط، فقد عرفه أهل الأصول بأنه جعل وصـــف ظـــاهر منضبط مناطا لوجود الحكم، أي يستلزم وجودُه وجودَه، وبيانه: جعل الزنا سببا لوجوب الحد لأن الزنا لا يوجب الحد بعينه وذاته بل بجعل الشرع، لكن الشرط استلزم عدم السبب لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب، ومثاله: الإحصان شرط في سببية الزنا للرجم فعدمـــه يستلزم عدمها[2].

وبهذا يظهر الفرق بين السبب والشرط، وهذا في حالة الوجود، فإذا وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود الحكم أما السبب فيلزم من وجوده وجود الحكم، لكن هذا لا ينفي بعـــدم وجود علاقة بينهما وهي أنهما لا يتفقان بل وبالعكس فالعلاقة بينهما هو أنه الشروط الشرعية تكمل السبب وتجعل أثره يترتب عليه وهو المسبب، وإذا وجد السبب و لم يتوفر الشرط فـــلا يوجد المسبب، فالسبب يلزم منه وجود المسبب عند تحقق الشرط وانتفاء المانع وإذا لم يتحقق

[1]– يطلق الحد على ثلاثة أمور:

أ– أن يطلب به شرح اللفظ كما يقول من لا يدري " الْعُقَار" ما الْعُقَار؟ فيقال له "الخمر"، إذا كان يعرف لفـــظ الخمر.

ب– أن يطلب لفظ محرر، جامع، مانع، يتميز به المسؤول عنه من غيره، كيفما كان الكلام.

ج– أن يطالب به ماهية الشيء وحقيقة ذاته، واسم الحد في العادة قد يطلق على هذه الأوجه الثلاثة بالاشـــتراك، فالأول يسمى **حدا لفظيا**، والثاني **حدا رسميا**، والثالث **حدا حقيقيا**، أنظر: المستصفى من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، بدون رقم وسنة ودار الطبع، (01/36،37).

[2]– إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، تحقيق: أحمد عزوعناية، قدم له: جليل المـــيس، ولي الدين صالح فرفور، الطبعة الأولى، 1419هـــ، 1999م، دار الكتاب العربي، (01/26،27).

الشرط فلا أثر له[1] . وللتوضيح أكثر نضرب مثالا[2] :

عقد الزواج سبب يحل الاستمتاع عند تحقق الشرط وهو حضور الشاهدين وهكذا فإنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطا فيه، وقد فرض كذلك أنه شرط، ويتفرع على هذا الأصل خلاف فقهي بين المذاهب وذلك أنّ الحكم يتوقف على وجود السبب وتحقق الشرط، فإن وجد السبب فقط فهل يصح أن يقع الحكم بدون الشرط أم لا[3] ؟

فهناك فرق بين توقف الحكم على سببه وبين توقفه على شرطه، فالسبب ما كان مناسبا لذاته والشرط ما كان مناسبا في غيره[4] .

---

[1]– الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، الورثلاني، ص 26.

[2]– المرجع السابق، ص 26.

[3]– الأصل المعلوم في الأصول هو أن السبب إذا كان متوقف التأثير على شرط فلا يصح أن يقع الْمُسَبَبُ دونه، ويستوي في ذلك شرط الكمال وشرط الإجزاء، فلا يمكن الحكم بالكمال مع فرض توقفه على شرط، كما لا يصح الحكم بالإجزاء مع فرض توقفه على شرط، لكنه ثبت في كلام طائفة من الأصوليين أصل آخر، وعُزِيَ إلى مذهب مالك أن الحكم إذا حضر سببه وتوقف حصول مسببه على شرط، فهل يصح وقوعه وبدون شرط أم لا؟ ذهب بعض الفقهاء إلى القول بتغليب مراعاة السبب ووقوع المسبب عليه ولو تخلف الشرط، فهؤلاء قد غلبوا اقتضاء السبب دون مراعاة توقفه على شرطه، وذهب آخرون إلى القول بمراعاة الشرط، وأنّ توقف السبب عليه مانع من وقوع مسببه، فلم يُرَاعَ حضور السبب بمجرده، إلا أن يحضر الشرط فينتهض السبب عند ذلك في اقتضاءه، لكن تطبيق القواعد يرجح القول الثاني.

مثال: حصول النصاب سبب في وجوب الزكاة ودوران الحول شرطه، فعلى القول الأول يجوز تعجيل الزكاة قبل تحقق الشرط، وعلى القول الثاني لا يجوز تعجيل الزكاة إلا بعد حولان الحول على النصاب، انظر: الموافقات، الشاطبي،(188/01 وما بعدها).

[4]– ترتيب فروق القرافي وتلخيصها والاستدلال عليها، البقوري، تحقيق: الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ص78.

الفرع الثالث: الفرق بين الشرط والعلة

العلة هي نوع خاص من السبب وهي السبب الظاهر المناسب الذي يبني عليه الشارع الحكم، فالإسكار مثلا علة في تحريم الخمر، والعدوان على مال الغير بالإتلاف علة في تضمين الْمُتْلَف، والعدوان على النفس المعصومة علة في إيجاب القصاص، وقد تسمى العلة على معنى الحكمة التشريعية في الحكم المشروع، أي على المصالح والمفاسد التي تتعلق بها الأوامر والنواهي الشرعية، فتكون بالمعنى الغاية، فالقمع والزجر وصيانة الأنفس هي علل العقوبات بهذا المعنى، فالشرط لا يشتمل على شيء من المناسبة بخلاف العلة التي تشمل المناسبة[1].

وعليه فالفرق بين الشرط والعلة هو أن الحكم يثبت ابْتدَاءً بوجود العلة فلا يكون انعدام الحكم قبل وجود العلة مُضَافًا إلى العلة باعتبار أنها نفت الحكم قبل وجودها بل انعدم لانعدام سببه، أما الشرط فمغير للحكم بعد وجود سببه فكان مانعا من ثبوت الحكم قبل وجوده كما كان مثبتا وجود الحكم عند وجوده، كما أن الحكم يوجد عند وجود الشرط ابتداء ولكنه يضاف إلى العلة ثبوتا به وإلى الشرط وجودا عنده، فكما أن قبل وجود العلة انعدام الحكم أصل غير مضاف إلى العلة فكذلك قبل وجود الشرط[2].

لكن يتفق الشرط والعلة في أنّ عدم كل واحد منهما يوجب عدم المشروط وعدم المعلول، ولا يعتبران من حيث الوجود[3].

---

[1]- ترتيب فروق القرافي ، البقوري ، ص79، المدخل الفقهي العام، الزرقا، (391/01 وما بعدها).

[2]- أصول السرخسي، السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1993م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (261/01،262).

[3]- ترتيب فروق القرافي، البقوري، ص79.

الفرع الرابع: الفرق بين الشرط والمانع

المانع في اصطلاح علماء الأصول هو ما لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، ولكنه يلزم من وجوده عدم الحكم أي بمعنى أنه هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره[1].

بحيث إذا حضر المانع وهو مقتضى علة تنافي تلك العلة، ارتفع ذلك الحكم وبطلت تلك العلة، لكن من شرط كونه مانعا أن يكون مخلا بعلة السبب الذي نسب له المانع، فيكون رفعا لحكمه، فإنه إن لم يكن كذلك، كان حضوره مع ما هو مانع له من باب تعارض سببين أو حكمين متقابلين، فإذا قلنا الدين مانع الزكاة فمعناه أنه سبب يقتضي افتقار المديان إلى ما يؤدي به دينه، وقد تعين فيما بيده من النصاب، فحين تعلقت به حقوق الغرماء، انتفت حكمة وجود النصاب، وهي الغنى الذي هو علة وجوب الزكاة فسقطت[2] وبذلك يكون الشرط عكس المانع ووجه العكس فيه أن الشرط ينتفي الحكم لانتفائه، والمانع ينتفي الحكم لوجوده، فوجود المانع وانتفاء الشرط سواء في استلزامهما انتفاء الحكم، وانتفاء المانع ووجود الشرط سواء في أنهما لا يلزم منهما وجود الحكم ولا عدمه[3].

ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سببا صحيحا في ذاته، وإنما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه

[1]– مذكرة في أصول الفقه، محمد الأمين الشنقيطي، جمعها عطية سالم، دار الإتقان، الإسكندرية، ص53.

[2]– الموافقات، الشاطبي، (186/01).

[3]– شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي، تحقيق: عبد الله التركي، الطبعة الثانية، 1419هـ، 1998م، المملكة العربية السعودية، الرياض، (433/01).

الشرعي إذ لا تنعقد سببيته ما لم تتوافر شرائطه، ومن ثم يظهر الفرق بين فقدان الشرط ووجود المانع، ولذا وضعت القائدة القائلة: " إذا زال المانع عاد الممنوع"[1].

فالمانع يوجد مع وجود السبب وتوفر الشرط، ويمنع ترتب المسبب على سببه فترتب الأحكام يكون عند وجود السبب والشرط وانتفاء المانع، وعدم وجوب الأحكام أو عدم وجوبها عند انتفاء السبب والشرط أو وجود المانع وعليه يظهر جليا تأثير كل من المانع والسبب والشرط، فالمعتبر من المانع وجوده لأنه لا عبرة بعدمه، فتأثيره مع وجوده، والمعتبر من السبب وجوده وعدمه معا لأن تأثير السبب في وجوده وعدمه، والمعتبر من الشرط هو عدمه لا وجوده فلا عبرة لوجوده وتأثيره على الحكم في عدمه[2].

إن التطرق لمثل هذه المصطلحات وضبط الفرق بينها وبين الشرط، أمر مهم في مثل هذه البحوث وهذا لإزالة اللبس في هذه المفاهيم، وقد قال الإمام الطوفي رحمه الله: " الشرع وضع أي شرع أُمُورًا سُمِيَتْ أسبابا وشروطا وموانع تعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات ونفي، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط وتنتفي لوجود الموانع وانتفاء الأسباب والشروط"[3].

---

[1]- المدخل الفقهي العام، الزرقا، (396/01).

[2]- رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، حسين الشوشاوي، تحقيق: أحمد بن محمد السراج ، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م، مكتبة الرشد، ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، (101،100/01).

[3] – شرح مختصر الروضة، الطوفي، (412/01).

المبحث الثاني: حقيقة سلطان الإرادة

إن البحث في موضوع الاشتراط لا ينفك عنه الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة باعتبار الإرادة هي مصدر هذا الاشتراط، لكن قبل التطرق إلى حقيقة هذا المبدأ يجب التنبيه على مسألة بالغة الأهمية وهي مبدأ الرضائية في العقود، مادام هذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الإسلامي وهو سلطان الإرادة.

لقد اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود. وفي هذا الصدد يقول ابن تيمية رحمه الله: " فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"[1].

لقد كانت العقود في أوربا قبل القرن الثالث عشر ميلادي شكلية، بمعنى أن العقد لا يعتمد في وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما ولا اعتبار للرضا في إنشاء الالتزام، بل عماد ذلك رسوم وأشكال يلزم بها القانون ليكون للعقد قوة الإلزام وبعد ذلك جاء عصر النهضة وانتقلت العقود من الشكلية إلى الرضائية حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد، فجمهور الفقهاء يرون أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها دون تفرقة بين ما يقبل الفسخ من العقود وما لا يقبل ذلك فإذا وجد الرضا مع كل ما يجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد كان العقد صحيحا وإلا فلا كما اتفقوا على أن مثل عقد الزواج لا يكفي لصحة العقد الرضا بل يجب الإشهاد والولي وغير ذلك، لكن هذه الشكلية في العقد الزواج تنقص من قيمته،

---

[1] – مجموع فتاوى شيخ الإسلام، أحمد ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، بدون رقم الطبعة،1425هـ، 2004م، مجمع ملك فهد لطباعة المصحف الشريف، إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، (155/09).

بل هي دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية التي كان الأصل فيها التحريم[1]، فأحاطها بسلسلة من الشروط حتى يفرق بين النكاح والسفاح فلا بد من اقتران هذه الشكليات بـــإرادة العاقدين[2].

وقد نصت على هذا المبدأ نصوص دينية أهمها:

قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾ **النساء: ٢٩.**

وقوله أيضـــا: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾ ﴾ النساء: ٤.

---

[1] – وهذا هو معنى قول الفقهاء :" **الأصل في الأبضاع التحريم**"، فإذا تقابل في المرأة حلٌ وحرمةٌ غُلبَتْ الحرمة، فلا يجوز التحرّي في الفروج لأنها لا تحل بالضرورة، ومستند هذه القاعدة هو قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ ﴾ المؤمنون: ٥ – ٦، والأبضاع يحتاط لها والاجتهاد خلاف الاحتياط، وقد غلب التحريم وكان هو الأحب لأن فيه ترك مباح لإجتناب محرم، والشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات، أنظر: المنثور في القواعد، بدر الدين بن بهادر الزركشي، تحقيق: تسير فائق أحمد محمود، راجعه: عبد الستار أبو غدة، الطبعة الأولى، 1402هـ، 1982م، وزارة الأوقاف والشـــؤون الإسلامية، الكويت، (177/01)، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، زين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم، شرح أحمد بن محمد الحنفي الحموي، الطبعة الأولى،1405هـ، 1985م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنـــان، (226،225/02)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، صالح بن غانم السدلان، الطبعة الأولى، 1417هـ، دار بلسنية، المملكة العربية السعودية، الرياض، ص136،137.

[2] – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، 1996م، دار الفكر العربي، القـــاهرة، ، ص196 وما بعدها.

ففي النص الأول لم يشترط الله ﷻ في التجارة إلا التراضي، مما يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة[1]. فالأملاك بدلالة هذا النص باقية في سلطان أصحابها، ولا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي، فكان هذا إذناً عاماً بجعل الرضا أساسا في العقود وثبوت الحق لكل من المتعاقدين[2].

أما في النص الثاني فقد علق الشارع جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه مما دل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم[3].

وبناءا على هذا فإنّ مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته، دون الحاجة إلى شكلية معينة إلا عقد الزواج كما سبق الكلام عليه وهذا ليس إلا لخطورته، والإرادة حرة في إبرام العقود دون الخضوع لأي إكراه[4]، وللتوضيح أكثر نذكر ما قاله الدكتور السنهوري تحت عنوان تقدم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد: "والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره، ولعل السر

[1] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (155/09).

[2] – الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص 217، ابن حنبل، حياته، عصره، آراؤه الفقهية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ص389.

[3] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (155/09).

[4] – الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، الطبعة التاسعة، 1427هـ،2006م، دار الفكر، دمشق، سوريا،(3046/04 وما بعدها).

في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البليـــغ في تقريـــر قواعد الفقه أصولا وفروعا، ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوربا لم يصـــبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة"[1].

فعنصر الرضا يعتبر من الأسس التي أقرتها الشريعة الإسلامية في العقود بحيـــث جعلتـــها رضائية أي تنعقد بالتراضي، وما دام البحث يتعلق بالأحوال الشخصية فلنعـــرج علـــى رأي المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية في اعتبار الرضا من عدمه في عقد الزواج.

قانون الأسرة الجزائري:

المادة التاسعة:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"[2].

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن الوضع قد تغير تماما، فلم يبق من الأركان التي كان ينص عليها في القانون القديم من نفس المادة سوى ركن واحد وهو الرضا، أما بقية الأركـــان الأخرى أُدْرِجَتْ ضمن شروط صحة الزواج، فقد أصبح عقد الزواج يقوم على ركن الرضـــا فقط، فإذا اختل الرضا لم ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونيـــة، وقد نصت على هذا الحكم المادة 33- الفقرة1 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي:" يبطل الـــزواج إذا اختل ركن الرضا"، لكن ما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري إغفاله لموضوع عيـــوب

---

[1] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (41،40/01).

[2] – عدلت بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005م حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في09 يونيو1984 كما يلي: " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"

الرضا، حيث يوجد الرضا في الزواج لكنه يكون معيبا، كحالة الإكراه المعنوي، فما مصير الزواج؟[1].

مدونة الأسرة المغربية:

المادة الرابعة: " الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[2].

نلاحظ أن المشرع المغربي قد نحى منحى المشرع الجزائري في اعتبار الرضا في عقد الزواج، بحيث عرفه بأنه ميثاق تراض وهذا تصريح منه باعتبار رضا الزوجين في انعقاد هذا العقد.

فما يمكن قوله عند مقارنة ما جاء في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية هو اتفاقهم وفق ما نص عليه الفقه الإسلامي في اعتبار مبدأ الرضائية في العقود لكن موضعه هو في إنشاء العقد فقط دون الآثار، بخلاف القانونيين الذين بالغوا في إرجاع إنشاء العقود إلى الإرادة الحرة لكلا العاقدين حتى أصبح لها الأثر في تكوين العقد وليس كله من عمل الشارع وأصبح مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته إلا عقد الزواج كما سبق، فالذي يعاب على القانونيين هو المبالغة في اعتبار الرضا أو الإرادة في تكوين العقود، وهذا الذي يعبر عنه فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية، أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، بن شويخ الرشيد، الطبعة الأولى،1429هـ—2008م، دار الخلدونية الجزائر، ص55.

[2] – مدونة الأسرة لسنة 2004.

الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليه لكن في حدود النظام العام، دون النظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم أي ما يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين[1].

وبعد هذه الإطلالة الخفيفة على مبدأ الرضائية في العقود، سوف نشرع الآن في إعطـــاء مفهوم لسلطان الإرادة العقدية فقها وقانونا، وكذا بيان مجالاته في إنشاء التصرفات وعلاقتـــه بالشرط.

المطلب الأول: حقيقة سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

إن مبدأ سلطان الإرادة العقدية موضوعه هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجـــه، وحدود تلك الحرية أي مدى اعتبارها في نظر الشرع[2].

كل عقد استكمل أركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية، أي أن كل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ومقيد لإرادته، فإرادة الإنسان أو العاقد تستمد ســـلطانها مـــن الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد، وهذا الذي يطلق عليه حرية الاشتراط في العقود، وذلك بإطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، والشروط التي يشترطون غير مقيـــدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها، فقد تكـــون حدود الشرع محققة لحاجة العاقدين فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثـــار العقد المشروعة، فإن لم تتحقق حاجة العاقدين احتاجا إلى اشتراط شـــروط تحقـــق الغـــرض المطلوب[3] .

---

[1] – ابن حنبل، محمد أبو زهرة، ص 385، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي ، (3047/04).

[2] – المدخل الفقهي العام، الزرقا ،(450/01).

[3] – الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (3050/04،3051).

وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقود في الفقه الإسلامي وعليه فجميع العقود والتصرفات القولية تنشأ بإرادة العاقدين فإذا ما تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية التي تكون بحكم الشارع وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية رحمه الله:"الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداء، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة"[1]، وقد بلغت النصوص الدينية في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة، فقد قال تعالى:﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾ ﴾الإسراء: ٣٤، وعليه فالتعهد الذي باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ومقيد لإرادته بإرادته، وما هذا إلا دليل على تمام الاحترام لحرية التعاقد[2].

لكن هذه الحرية كما هو مقرر إجماعا لها حدود، بحيث دور سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، مقصور على إنشاء العقد أو التصرف، بحيث لا تتعداه إلى ترتيب آثاره، فالشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره وفي هذا المعنى يقول عبد العزيز البخاري صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوي:" إن لأحكام الشرع أسبابا

---

[1] – القواعد النورانية الفقهية، أحمد ابن تيمية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، بدون رقم سنة الطبع، دار ابن الجوزي، ص287.

[2] – عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، نشوة العلواني، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص38.

تضاف إليها والموجب للحكم في الحقيقة والشارع له هو الله تعالى دون السبب، لأنّ الإيجاب إلى الشرع دون غيره"[1]، وما هذا إلا حفظا للتوازن، أو تحقيقا لمقاربة التساوي بين الالتزامات

خاصة المالية التبادلية منها، أما غيرها من العقود كعقد النكاح مثلا فقد جعل مقتضى هذا العقد نظاما شرعيا أساسيا له، بحيث لا يجوز المساس به أو مناقضته بالإرادة التعاقدية، فالعقود إذن شرعت أسبابا لمسبباها، أو شرعت لتكون مفضية إلى نتائجها في العمل ومواقع الوجـــود، بجعل الشارع، وبذلك كانت أسبابا جعلية لا عقلية، طبيعية تفضي إلى آثارها بذواها.

فصونا للتصرفات من أن تصبح نتائجها رهنا بالإرادة الإنسانية المطلقة التي كثيرا ما تطغى و تتنكب جادة الحق في التعامل، بدافع من الأنانية والجشع والهوى، ولاســيما إذا كانـــت في مركز أقوى، تولى الشارع بنفسه ترتيب هذه الحقوق التي يطلق عليها أحيانا أحكام العقد[2].

المطلب الثاني: حقيقة سلطان الإرادة في القانون.

يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أنّ الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل و في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، فالفرد عند أنصار هـــذا المبدأ هو الذي يرتكز عليه النظام الاجتماعي ولا يستكمل شخصيته إلاّ بالحرية، فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها، حتى أصبح لهذا المبدأ حظ كبير من الأثر في القـــانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على إثر تطور النظم الاقتصادية، لكن استمرار هذه النظم

---

[1] – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، أحمد بن محمد علاء الدين البخاري، تحقيق: عبد الله محمـــود محمود عمر، الطبعة الأولى، 1418هـــ، 1997م، دار الكتب العليمة، بيروت، لبنان، (492/02).

[2] – بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، محمد فتحي الدريني، (411/02 وما بعدها).

واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية مهد لظهور المذاهب الاشتراكية فقامت معارضة للمذاهب الفردية مما أدّى إلى انتكاس هذا المبدأ[1].

وعليه فحسب مضمون هذا المبدأ، الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره، فهي العنصر الجوهري في العقد مادامت هذه الإرادة لم تخرج في ذلك عن أوامر القانون ونواهيه وقد يترتب على هذا الاتجاه مبدآن هما:

المبدأ الأول: كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، دون حاجة لأي إجراء يفرضه القانون.

المبدأ الثاني: الإرادة وحدها هي التي تحدد جميع الآثار التي تترتب على كافة العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد[2].

وبهذا يظهر دور سلطان الإرادة عند انعقاد العقد، بحيث يتمثل هذا الدور في حرية الشخص كقاعدة عامة في أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد مادام له الحرية في إنشائها، كما يظهر كذلك دوره بعد انعقاد العقد، بحيث أنه إذا تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين، ومع ذلك يكون لهم، لما لإرادتهم من سلطان أن يتفقوا على تعديله[3].

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، (141/01).

[2] – الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، خليل أحمد حسن قدادة، طبعة 1994م، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،(18/01،19).

[3] – النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، مقارنة بين القوانين العربية، توفيق حسن فرج، الطبعة الثانية، 2002م، منشورات الحلبي الحقوقية، ص41.

والمتتبع لهذا المبدأ من حيث النشأة يجد أنه لم يعترف به القانون الروماني، إذ بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما، فظلت هذه الشكلية تسيطر على العقود حتى نهاية القرن الثاني عشر وبعد ذلك أخذت تتحور وكانت متجهة إلى التناقض، وبدأ يظهر أثر الإرادة في تكوين العقد شيئا فشيئا، والذي ساعد على هذا التطور عوامل أربعة وهي:

1- تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة بحيث أنه كان المتعاقد مجرد عدم الوفاء بالوعد يعد خطيئة دينية مما سهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى.

2- إحياء القانون الروماني والتأثر به حيث وصل القانون الروماني في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة.

3- العوامل الاقتصادية، فأدى النشاط التجاري وازدياد حركة التعامل إلى القضاء على كل ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال، فكانت المحاكم التجارية في إيطاليا في القرن الرابع عشر تقضي طبقا لقواعد العدالة.

4- العوامل السياسية وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئا فشيئا في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق[1].

لكن السؤال الذي يطرح هو: إلى أي حد سيطرت الإرادة على العقود؟ أو بعبارة أخرى هل الاعتراف والأخذ بهذا المبدأ كان على إطلاقه أم أنه قيد بقيود؟

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، (143،142/01).

إن هذا المبدأ سرعان ما بدأ يخبوا بريقه في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية فقد رسم القانون حدودا لميدان سلطان الإرادة في الوقت الحاضر فهو يعترف بهذا السلطان، ولكن يحصره في دائرة معقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

ففي القانون العام يتبين لنا أن الإرادة لا سلطان لها، لأن الروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد. وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص فإن سلطان الإرادة يكون له دور كبير في تكوين عقد الزواج إلا أن هذا السلطان يخبوا في نطاق تحديد الآثار القانونية التي تترتب عليه ويستقل القانون في ذلك ابتغاء حماية المصلحة العامة.

كما تتقيد الإرادة كذلك حتى في نطاق الالتزامات التعاقدية، على الرغم من حريتها الواسعة، وهذا بالقيود الناتجة عن فكرة النظام العام، والآداب العامة، فأي اتفاق يخالف هذين الفكرتين يعتبر باطلا بطلانا مطلقا هذا من حيث الموضوع، أما من حيث الشكل نجد أن الإرادة قيدت وذلك بتوثيق العقد أي إفراغه في وثيقة وهي العقود الرسمية، والقيد والتسجيل والكتابة، وبهذا نرى أن دور الإرادة في القوانين المعاصرة لم يعد كما كان عليه أنصار مبدأ سلطان الإرادة، فلم تعد هي صاحبة السلطان الأكبر لا في مجال تكوين العقد ولا مجال تحديد آثاره، ومن هذا يبدوا بوضوح جوهر سلطان الإرادة الذي هو في الأصل حرية الإرادة، لكن ليست على إطلاقها، إذ الأصل أن كل ما ليس بممنوع مباح فطالما لا يوجد منع، يكون للإرادة سلطانها[1].

---

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري، (149،148/01)، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ،خليل احمد حسن قدادة، (19،18/01)، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، محمد حسين، 1983، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ص14، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام،توفيق حسن فرج ص40.

المطلب الثالث: مجالات سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات

لقد سبق وأن ذكرنا في مفهوم سلطان الإرادة بأنه هو حرية إرادة العاقد الذي هو مضمون وموضوع هذا المبدأ، لكن هل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة؟

أو إلى أي مدى سيطرت الإرادة على إنشاء العقود والتصرفات؟

للإجابة على هذا السؤال سوف نتطرق إلى تحديد مجالات سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات أو ما يسمى الحريات التي يتعلق بها هذا المبدأ.

إن مبدأ سلطان الإرادة يتعلق بأربع حريات في النواحي العقدية الأربع التالية:

الفرع الأول: حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره

لإثبات نوع هذه الحرية التي جاء بها التشريع الإسلامي، ألا وهي حرية الشخص في أصل التعاقد مع غيره، فقد جاء التشريع الإسلامي بالقضاء على جميع عناصر الإكراه العقدي وأطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، فاعتبر الإرادة حرة في إبرام العقد دون الخضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي سواء في المعاملات المالية أو عقود الزواج، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، وهذا كبيع القاضي أموال المدين المماطل جبرا عنه لإيفاء ديونه[1].

وقد جعل القرآن والسنة رضا الإنسان أساسا دستوريا في كل عقد سيلزمه حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون أنه ليس هناك دور للإرادة في تزويجهن بل من حقوق أرباب

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (1/537،538)، الفقه الإسلامي وأدلته،الزحيلي ، (04/3047).

الأسرة، فقرر الإسلام أن الفتاة البالغة ولو كانت بكرا هي صاحبة الاختيار والإرادة في زواجها[1].

لذا ذهب كثير من العلماء إلى عدم مشروعية إجبار المرأة بكرا أم ثيبا وقالوا بثبوت حقها في اختيار زوجها وعدم إكراهها على الزواج بمن لا ترضى واعتبر إجبار المرأة على الزواج ممن تكره ولا تريده لها زوجا مخالف للنصوص المنقولة ولقواعد الشريعة والمصلحة العامة، بل إن القول بإثبات حرية اختيار المرأة زوجها هو الموافق لقول الرسول ﷺ أمرا ونهيا وقضاء وموافقة للمصلحة المعتبرة شرعا ومن ذلك[2]:

ما ثبت في الصحيح أن خنساء بنت خدام زوّجها أبوها وهي كارهة وكانت ثيبا فأتت رسول الله ﷺ فردّ نكاحها[3].

وعن ابن عباس أنّ جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت له أنّ أباها زوّجها وهي كارهة فخيّرها النبي ﷺ[4]. فهاتان قضيتان مختلفتان لأن المرأة في حديث ابن عباس غير خنساء التي في الحديث الأول، فقضى في إحداهما بتخيير الثيب وقضى في الأخرى بتخيير البكر، لأنه لا يخفى أن مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول مفاسد كبرى بتزويجها بمن تبغضه و لا ترضى به. فلو لم تأت السنة الصريحة بذلك، لكان

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (538/01).

[2] – أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، داودي عبد القادر ، ص116،117.

[3] – رواه البخاري، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، حديث رقم (5138)،(18/07).

[4] – رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، حديث رقم(2096)، (398/02)، وابن ماجة، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم(1875)، ص326.

القياس الصحيح، وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره[1]. إذن لم يقر الشرع الإسلامي عقدا يلزم شخصا بتكليف لم يرض به، رضًا بَيِنًا إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة وهذا لإحقاق الحق[2].

الفرع الثاني: حرية العاقد في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي

تعتبر حرية العاقد في إبرام العقود والتصرفات بمجرد التراضي النوع الثاني من الحريات الأربع وهذا دون تقييد العاقد بقيود شكلية ومراسيم مخصوصة بحيث لا يعتد بتعاقده ما لم تتحقق صورها، فلم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون أن تمر بصور أنواع مختلفة من المراسيم الشكلية، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره، حتى جاء الإسلام فألقى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود وجعل مجرد التراضي مولدا للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ولم يستثن إلا عقد واحدا أخضعه لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه وهو عقد النكاح، كما تقدم وجميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرت أخيرا مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الشرق والغرب قد مرت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في إنشاء العقود، إلا الشريعة الإسلامية فإنها أنشأت قواعد العقد إنشاء جديدا محررا من جميع القيود الشكلية التي كانت تفرضها الأعراف والعادات في جاهلية العرب، وشرائع الأمم المحيطة بها[3].

---

[1] – زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم، تحقيق: عماد زكي البارودي، خيري سعيد، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، (98/05).

[2] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (538/01).

[3] – المرجع السابق، (539/01).

الفرع الثالث: حرية العاقد في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود

وتكون هذه الحرية في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع، في موضوعها والتزاماتها، لأنه ليس في الشرع الإسلامي ما يدل على حصر العقود وتقييد الناس بها، فكل عقد لم يخالف النص الصريح و لم تمنعه القواعد والأصول الشرعية يجوز أن يتعاقد عليه الناس لكنه يخضع التعاقد فيه لقواعد والشرائط العامة في العقود كالأهلية وغيرها[1].

فمن الضروري إطلاق الحرية للناس في عقودهم ما لم يرد نص أو دليل على المنع، لأن حاجات الناس ومصالحهم في تزايد مستمر وهي تتغير وتتطور، لذا أصبح من الضروري مجابهة ذلك بتشريعات العقود التي يتعارف الناس عليها من جديد وفي كل عصر[2].

الفرع الرابع: حرية المتعاقد في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين المتعاقدين

والمقصود بهذا النوع من الحرية هو حرية الاشتراط أو مدى سلطان إرادة المتعاقدين على تعديل أحكام العقد الأصلية في حقوقهما الخاصة بينهما ويكون هذا باشتراط شروط يتفقان عليها أثناء العقد، فينشآن التزامات وقيود للعقد، بمحض إرادتهما، ومبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية الشروط العقدية في اصطلاح فقهائنا قديما،

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (537/01 وما بعدها).

[2] – المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، عبد الرحمان الصابوني، الطبعة الرابعة، 1398هـ، 1978م، المطبعة الجديدة، دمشق، (156/02).

فهناك شروطا تعتبر ميدانا لإرادة العاقدين أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها ضـــمن حـــدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئيا، ويعتبر العقد المسمى قائما بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها[1].

المطلب الرابع: علاقة الشرط بسلطان الإرادة

تعتبر الإرادة هي مصدر الشرط، فالملتزم هو الذي يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقا على شرط، بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام منجزا خاليا من أي شرط يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط أو مقترنا به، وقد تكون الإرادة هذه إرادة صريحة أو إرادة ضمنية بما أن الشرط مصدره في العادة هو الإرادة، فقد دفع هذا كثيرا من فقهاء القانون إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف في الإرادة لا في الالتزام، وعليه يجب إلحاقه بنظرية التصرف القانوني لا بنظرية الالتزام في ذاته[2]، فالعلاقة بين الشرط وسلطان الإرادة هي تبادلية، فوضع الشروط يعني قيد الإرادة ولكن الإرادة هي التي تحدد هذه الشروط، فهي التي تقبل أو ترفض، فالحديث عن ضوابط الاشتراط جزء مكمل للحديث عن سلطان الإرادة.

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، (540/01 وما بعدها).

[2] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، (03/33،34).

الفصل الأول:

ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون.

تمهيد: قبل الشروع في هذا الفصل الذي يتعلق بضوابط الاشتراط في عقد النكاح يجب الإشارة إلى مسألة لها علاقة وطيدة بهذا الفصل وهي آثار العقود. هل هي من عمل الشارع أم من عمل المتعاقدين؟

فقد تعرض لهذه المسألة الباحثون في القوانين الحديثة، ولها في الشريعة الإسلامية نظير، فإذا كانت آثار العقود عامة من عمل الشارع فإنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره الشارع من مقتضيات للعقد، وإن كانت الآثار من عمل المتعاقدين فإنّ كل ما يتفقان عليه من شروط ما دامت لا دليل يمنعها من الشارع لازمة بمقتضى التزام العاقدين الوفاء بها[1].

اتفق الفقهاء على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع، لا من عمل المتعاقدين، فإرادة المتعاقدين تقتصر على إنشاء العقد فقط، فتأثيرها يكمن في تكوين العقد وإيجاده، لا في إعطاء أحكامه وآثاره، وبهذا تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع لا من أعمال العاقد، لذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعلية شرعية وليست بأسباب طبيعية، أي أن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبّب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض، ويكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم[2].

لكنه قد يسأل سائل و يقول: "إن العقود اختيارية رضائية وهذا يستلزم أن يكون للعاقد

---

[1] – الأحوال الشخصية ،محمد أبو زهرة، الطبعة الثالثة، 1377هـ، 1957م، دار الفكر العربي، ص156.

[2] – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، ص217، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي،(3050/04).

اختيار حرّ لآثار العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة آثار العقود من اختصاص الشارع جلّ وعلا، لا من عمل العاقد كان في ذلك هدم لأصل الرضا والاختيار"[1]. فالجواب عن ذلك هو: أن الرضا والاختيار إنما هو في إيقاع الأسباب وإنشاء العقود أما الآثار والأحكام التي تترتب عليها وتنشأ عنها فبترتب الشارع وجعله، حفظا للعدل بين الناس، وحسما لمادة الخلاف بين العباد، فالسبب بإرادة المكلَّف واختياره والمسبّب ليس باختياره ورضاه، ولا بدع في هذا أصلا، لأن له نظائر كثيرة في أمور الحياة، كمن يلقي البذر في الأرض بعد تهيئتها للزرع، وهو لا يريد نباته، فنصب العقود أسبابا لأحكامها وآثارها إنما هو لمصلحة العباد وقضاء حاجاتهم الدنيوية على أكمل وجه[2].

فالذي للمكلَّف تعاطي الأسباب، وإنما المسبّبات من فعل الله وحكمه لا كسب فيه للمكلّف[3]. فالشارع الحكيم هو الذي يرتّب الأحكام وينشئ الآثار، فمتى فعل المكلَّف السبب مستكملا شروطه وقع مسبّبه أراد ذلك أو لم يرده، بل إذا أتى بالسبب الشرعي لا يملك ألاّ يقع مسبّبه، ولو قصد ذلك كان قصده باطلا وأراد رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لا سبيل له إلى منعه، فمن يعقد نكاحا ثم يقصد ألا يستبيح بذلك العقد فيعتبر هذا القصد لغوا[4].

وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمّم في التفريع على ما أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود، ومبنى هذا النظر في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين

---

[1] – نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، الطبعة الأولى، 1968م، دار النهضة العربية، القاهرة. ص17.

[2] – المرجع السابق، ص17، 18.

[3] – الموافقات، الشاطبي،(131/01).

[4] – نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، ص16،17.

هو أنه العقد سبب شرعي، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرّهـــا بينهم، فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج، فالشرع له نظاما يحميه، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح وإرادة الشارع من جهة أخرى، كما أن الشارع أيضا هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناءا على مباشـــرقمم لأسبابها حفظا للتوازن، ومنعا للتغابن، وضبطا لنظام التعامل[1].

فلكلّ عقد في الشريعة الإسلامية آثار رتّبها الشارع سواء قبلها المتعاقد أم لم يقبلها، لأنّ الشارع هو الذي شرّع العقود ونظّم آثارها ورتّبها عليها، حيث جعل كل عقـــد طريقـــا إلى تحقيق أغراض معيّنة فهذا أمر متّفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون فيما وراء ذلك، يختلفون في مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط المقترنة بها، وذلك أنّ الشارع نـــصّ علـــى بعض العقود، وجعلها أسبابا مفضية لآثارها كما سبق وأن قلنا، فهل يعتبر هذا التنصيص على بعض العقود مانعا من إنشاء غيرها من العقود؟

نعم إنّ آثار العقود عيّنها وحدّدها الشّارع بالنسبة لكل عقد، والشروط من شـــأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك، فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثـــار بما يشترطه من شروط؟ أم لا يستطيع هذا باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار يعني وجـــوب ترتيبها وعدم إمكان تغييرها أو تعديلها بإرادة الإنسان؟ أو ما مدى سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود؟

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا،(548،547/01).

وهذا ما يطلق عليه بحرية التعاقد[1]. أو ما هي ضوابط الاشتراط في عقد النكاح؟ أي الحدود التي رسمها الشارع للعاقدين في الاشتراط في عقد النكاح ؟.

إن القاعدة العامة في كل العقود الإسلامية، وخصوصا عقد الزواج أنّ الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع، وما هذا إلا حفظا وصونا للمعاملات في العقود المالية عن النزاع، وفي الزواج حفظا للحياة الزوجية من أن تتعرّض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع، ومرماه من ذلك العقد المقدس، وبناء على هذا فالشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدّس، لكن اتفاق الفقهاء على أن آثار عقد النكاح والعقود الإسلامية عامة أنها من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، لم يمنعهم من الاختلاف في ما يلزم من الشروط ما بين مضيّق وموسع، وما بين ذلك[2] وهذا هو الذي سوف نتطرق إليه في هذا الفصل تحت عنوان ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه والقانون.

[1] – المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، عبد الرحمان الصابوني،(152/02)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مصطفى شلبي، ص426، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، بدون رقم وسنة الطبع، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية ص392،393. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي،(3051/04).

[2] – الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص156، 157.

المبحث الأول: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين مضيّق وموسّع، أي بين من قال بأن الأصل في الاشتراط الحظر والمنع، ومن قال بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز والإباحة. فهذين مسلكين سلكهما الفقهاء في مسألة: هل الأصل في الاشتراط في عقد النكاح، الحظر أم الإباحة؟

المطلب الأول: مسلك المضيّقين (المانعين):

يعتبر مذهب الظاهرية أضيق المذاهب في اعتبار الشروط في العقود، حيث ذهبوا إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته سواء كان بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه، واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طردا جاريا، وقد نجد هذا القول في كثير من أصول أبي حنيفة والشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد[1].

إن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام، وهو الوقوف عند ظواهر النصوص والجمود على ظاهر لغويتها وسدّ باب الاجتهاد في " التعليل "[2].

---

[1] – القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، ص256.

[2] – يعتبر ابن حزم من منكري التعليل، فقد خص بابا كاملا من كتابه الإحكام لهدم فكرة التعليل وقال في عنوان (البات التاسع والثلاثون في إبطال القول بالعلل في جميع أحكام الدين)، وقال بعدا هذا: " وهذا هو ديننا الذي ندين الله تعالى به، وندعو عباد الله تعالى إليه، ونقطع على أنه الحق عند الله تعالى أنظر: الإحكام في أصول الأحكام، بن حزم، طبعة محققة قوبلت على النسخة التي حققها احمد شاكر، قدم له: لعيان عباس، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، (77،76/08).

وهذا لا يتّفق وطبيعة التشريع نفسه، أيّ تشريع كان[1].

وبهذا يتّضح لنا بأنّ الظاهرية في نظرهم ليس للإرادة الإنسانية أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته، إلا ما أجازه الشرع نصا أو أيّده الإجماع، وليس هذا إلا تحجيرًا على إرادة العاقد واختياره، فهم بهذا يقيّدون إرادة الإنسان ويضيّقون عليها المجال في باب العقود والشروط، وهذا بسبب تمسّكهم بظواهر النصوص وقصر الأدلة عليها[2].

فقد تمسّك أصحاب هذا الرأي بأنه لكل عقد في الشرع أحكاما أساسية تسمى مقتضى العقد نص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين العاقدين في الحقوق، لأن مقتضيات العقود كلها في نظرهم إنما تثبت بدليل شرعي، وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئا أو يقيدها بقيد إلاّ إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به[3].

فالظاهرية لا اعتبار للشروط عندهم إلا ما ثبت بنص، وقام الدليل على وجوب الوفاء به لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن ممّا يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه[4].

---

[1] – بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني،(456/02).

[2] – المرجع السابق، (418/02)، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، عبد الرحمان الصابوني،(153/02)، المدخل لدراسة الشريعة، عبد الكريم زيدان، ص393، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مصطفى شلبي، ص428.

[3] – المدخل الفقهي العام، الزرقا،(550،549/01).

[4] – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، ص236.

فهم يرون بأنه لا يصح النكاح على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة، أو المدفوع أو المعيّن، وعلى أن لا يضرّ بها في نفسها ومالها، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وأما بشرط ألاّ يتسرّى عليها أو غير ذلك فإن وقع في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل[1].

وقد عنون الإمام ابن حزم رحمه الله الباب الثالث والعشرون في كتابه الإحكام في أصول الأحكام بـ:" في استصحاب الحال، وبطلان جميع العقود، والعهود والشروط، إلا ما أوجبه منها قرآن، أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة"[2]. وساق أدلة من الكتاب والسنة والمعقول، وهذا للبرهان على قوله، نوردها فيما يلي:

أدلة الظاهرية:

أولا: الكتاب

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ المائدة: ٣

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾ ﴾ النساء: ١٤

---

[1] – المحلى، ابن الحزم، تحقيق: احمد محمد شاكر، بدون رقم الطبعة، 1426هـ، 2005م، الطبعة الشرعية الوحيدة، مكتبة دار التراث، القاهرة،(672/09).

[2] – الإحكام في أصول الأحكام، ابن الحزم، (02/05).

توجيه الآيات:

الشروط والعقود التي لم تُشَرَّعْ تَعَدٍّ لحدود الله، وزيادة في الدين[1].

فقد أخبر الله ﷻ بظلم من يتعدى حدوده، ويجاوز ما شرّعه لعباده، واشتراط الشروط التي لم يرد بها دليل معيّن تعدّ لحدود الله و مجاوزة لشرعه، و ما كان تعديا لحدوده فلا يجوز ولا يجب الوفاء به[2].

لقد بيّن الله ﷻ في هذه الآيات بأنه قد أكمل الدين وأتم الشريعة، فجاءت مشتملة على جميع ما يحتاجه العباد في أمورهم الدينية و الدنيوية، فإحداث عقد أو تصرّف بعد ذلك يكون زيادة على الدين، وخروجها عنه فلا يصح، كما بيّن بأنه قد وضع الحدود والأسس ونهى عن مجاوزتها، وكل عقد لم يرد به دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية تعديا لحدود الشريعة فلا يجب الوفاء به[3].

ثانيا: السنة

1- عن عروة أن عائشة رضي الله عنها أخبرته: "أنّ بريرة جاءت تستعينها في كتابتها، و لم تكن قضت من كتابتها شيئا، قالت لها عائشة: ارْجعي إلىَ أَهْلك فَإنْ أَحَبُوا أن أقضي عَنْك كتَابَتَك وَيَكُونَ وَلاَؤُك لي فَعَلْتُ، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا وقالوا: إنْ شَاءَتْ أَنْ تَحْسبَ عَلَيْك فَلْتَفْعَلْ وَ يَكُونُ وَلاَؤُك لَنَا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسول الله ﷺ:"ابْتَاعي فَأَعْتقي فَإنَّمَا الْوَلاَءُ لمَنْ أَعْتَقَ.قال:ثم قام ﷺ فقال: مَا بَالُ أُنَاس يَشْتَرطُونَ

---

[1] – القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، ص260.

[2] – نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان، ص69.

[3] – عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، نشوة العلواني، ص84.

شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَاب الله؟ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيسَ فِي كِتَاب الله فَلَيْسَ لَهُ، وَ إنْ شَرَطَ مائَةَ مَرَة، شَرْط الله أَحْقُ وَ أَوْثَقُ"[1].

توجيه الحديث: استدل الظاهرية بهذا الحديث من وجهين[2]:

الوجه الأول: كل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث و لا في الإجماع، فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في السنة، أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على إتباع السنة و الإجماع.

الوجه الثاني: قياس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأنّ العلة فيه: كونه مخالفا لمقتضى العقد، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع، بمترلة تغيير العبادات، وهذه نكتة القاعدة، وهي أنّ العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع.

قالوا: قد صحّ بهذا النص أنّ كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل، لا يلزم من التزامه أصلا، إلا إن يكون النص أو الإجماع قد ورد احدهما، بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه[3]، فضابط الشروط المشروعة عند الظاهرية هو ما دل عليه القران أو السنة أو الإجماع دلالة صريحة.

[1] – أخرجه البخاري، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله، حديث رقم (2561) ، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، 1422 هـ، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، (152/03)، مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم(1504) ،تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (1141/02).

[2] – القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، ص259، 260.

[3] – الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم،(31/05).

2- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فيه فَهُوَ رَد"[1].

توجيه الحديث:

قد صح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان و التزمه، إلا ما صح أن يكون عقد جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه[2].

الشروط التي يشترطها العاقدان و لم ينص عليها اي دليل فهي باطلة و مردودة ،لانها ليست على أمر رسول الله ﷺ ،و هذا بنص كلامه ﷺ وبضرورة العقل، يدري كل ذي عقل أن كل ما عقدت صحته بصحة مالا يصح فانه لا يصح[3].

3- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ الرسول ﷺ قال :" الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْـمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً، وَ الْـمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"[4].

---

[1] - أخرجه البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود حديث رقم (2697) (184/03)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث رقم (1718) (1343/03)، عن عائشة به بلفظ" من عَمل عملا ليس عليه أمرنا فهر رد"، واللفظ لمسلم.

[2] - الإحكام لابن حزم،(32/05).

[3]- المحلى لابن حزم،(640/09).

[4]- أخرجه البخاري معلقا في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة (92/03)، وأبو داود كتاب الأقضية، باب في الصلح، حديث رقم (3594)،أنظر سنن أبي داود، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان،(16/04)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، حديث رقم (1352)،وقال فيه: هذا حديث حسن صحيح، واللفظ له من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، أنظر: سنن الترمذي، تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثانية، 1388هـ، 1968م، مصر، (626،625/03)، وابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب الصلح حديث رقم (2353)، =

= أنظر: سنن ابن ماجة، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه الألباني، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ص402، والدارقطني، كتاب البيوع، باب الصلح، حديث رقم (2891)، وأخرجه من حديث عمرو بن عوف المزني ﷺ، حديث رقم (2892)، أنظر: سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، محمد كامل قره بللي، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2004م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،(426/03،427)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433، 14434، 14435)، من طرق مختلفة أنظر: السنن الكبرى، البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثانية، 2003م، 1424هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (406/07، 407)، ابن حبان في صحيحه، كتاب الصلح، ذكر الإخبار عن جواز الصلح بين المسلمين مالم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع،حديث رقم (5091)،أنظر: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية، 1414هـ، 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، وقال فيه شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن، كثير بن زيد مختلف فيه وهو حسن الحديث لا بأس به، وباقي رجاله ثقات رجال الصحيح غير الوليد بن رباح، وهو صدوق،(488/11) والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، وقد صححه وقال فيه رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، أنظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم النيسابوري، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، إشراف: يوسف عبد الرحمان المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (49/02).

وقد عارض الذهبي الحاكم ولم يصححه لأن في سنده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره، كما في المستدرك (49/02)، وقال الشافعي وأبو داود فيه: ركن من أركان الكذب، وضرب أحمد على حديثه وقال الدارقطني متروك الحديث، وقال النسائي ليس بثقة، وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة كما جاء في: ميزان الاعتدال في نقد رجال للإمام الذهبي ويليه ذيل ميزان الاعتدال للعراقي، دراسة وتحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، شارك في تحقيقه عبد الفتاح أبو سنة، الطبعة الأولى 1416هـ، 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (493/05)، وقال عبد الله بن أحمد: ضرب أبي على حديث كثير بن عبد الله في المسند ولم يحدثنا عنه، وقال أبا زرعة: واهي الحديث ليس بقوي، وقال ابن عبد البر: مجمع على ضعفه، كما جاء في تهذيب التهذيب، ابن حجر، اعتناء: إبراهيم الزيبق، عادل مرشد، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، (463/03،462)، وقد ضعفه ابن حزم وقال كثير بن عبد الله ساقط، ومتفق على اطراحه، وأن الرواية عنه لا تحل، أنظر: المحلى لابن حزم، (219/08)،وقد نُوقِشَ الترميذي في تصحيح حديثه، قال الذهبي في ميزان الاعتدال: (493/05)، " أما الترميذي فروى من حديثه: الصلح جائز بين المسلمين، وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترميذي"، وقال الإمام الشوكاني: قال ابن كثير في إرشاده:" قد نُوقِشَ أبو عيسى، يعني الترميذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله إهـ، وقد اعتذر له الحافظ، فقال: وكأنه اعتبر بكثرة طرقه..."، أنظر: نيل الأوطار، الشوكاني، الطبعة الاولى 1430 هـ، 2009 م،شركة ابن باديس، بولوغين، الجزائر (287/05)،وقد حسنه ابن حجر وقال: حديثه حسن في الجملة وقد اعتضد بمجيئه من طريق أخرى، أنظر: تغليق التعليق على صحيح البخاري، ابن حجر، دراسة وتحقيق: سعيد عبد الرحمان موسى القزقي، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م، دار عمار، الأردن، عمان، (282/04)، وحسنه بمجموع طرقه=

توجيه الحديث:

قال ابن حزم: وفي اشتراط المرأة أن لا يتزوج، أو أن لا يتسرى أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها، كل ذلك تحريم حلال، و هو وتحليل الخترير و الميتة سواء، في أن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل[1].

و لقد أحل الله عزّ و جل للرجل أن ينكح أربعا و ما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه أن لا ينكح و لا يتسرى حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه وإبطال ماله عليها[2].

ثالثا: الأثر

1- روى ابن وهب بإسناد جيد عن عبيد بن السباق: "أن رجلا تزوج امرأة فشرط لها أن لا يخرجها من دارها، فارتفعوا إلى عمر فوضع الشرط و قال :المرأة مع زوجها"[3].

2- عن علي رضي ﷺ قال :"رفع إليه رجل تزوج امرأة و شرط لها دارها، قال : شرط الله قبل شرطهم، لم يره شيئا"[4]. فقد أبطل علي ﷺ شرط الزوجة.

=الإمام الشوكاني وقال:" لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا"، أنظر: نيل الأوطار للشوكاني، (287/05).

[1] – المحلى لابن حزم،(674/09).

[2] – الأم، الشافعي، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001م، دار الوفاء، المنصورة، (188/06)، معالم السنن والآثار، أبي بكر البيهقي، تحقيق وتخريج وتعليق: عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، 1411هـ،1991م، دار الوفاء المنصورة، القاهرة، (235/10).

[3] – أخرجه البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14437)، وقال البيهقي: هذه الرواية أشبه بالكتاب والسنة، وقول غيره من الصحابة ﷺ، (407/07)، وابن حزم في المحلى، (673/09)، وجوَّد بن حجر إسناده في الفتح، أنظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، طبعة جديدة ومنقحة رقم كتبها وأبوابها و أحاديثها: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثالثة، 1420هـ، 2000م، دار الفيحاء، دمشق، (273/09).

[4] – أخرجه عبد الرزاق الصنعاني، باب الشرط في النكاح، حديث رقم (10624)،أنظر: المصنف، عبد الرزاق الصنعاني ومعه كتاب الجامع، معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق وتخريج وتعليق: حبيب الرحمان=

وقد قال ابن عبد البر ومعنى قول علي ﷺ: شرط الله قبل شرطها، يريد قول الله عزّ وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ الطلاق: ٦[1].

رابعا: المعقول

1- كل عقد وشرط لم ينص عليه قرآن و لا سنة على إيجابه أو إنفاذه، فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا: إما أن يكون التزم فيه إباحة ما حرمه الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله ﷺ، و إما أن يكون التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى و رسوله، و إما أن التزم إسقاط ما أوجبه الله و رسوله، و إما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه[2].

2- الأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع[3].

3- مقتضى العقد شرع ثابت، لأنه من وضع الشارع أثرا للعقد، فليس للإرادة الإنسانية العقدية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود و الأحكام زيادة أو نقصا، لأنه تغيير شرع[4].

=الأعظمي، الطبعة الثانية، 1403هـ، 1983م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (231-230/06)، و ابن أبي شيبة، كتاب النكاح، باب من قال ليس شرطها بشيء وله أن يخرجها، حديث رقم (16597)، أنظر: المصنف، ابن أبي شيبة، تقديم: سعد بن عبد الله آل حميد، تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة، محمد بن إبراهيم اللحيدان، الطبعة الأولى، 1435هـ، 2004م، مكتبة الرشد، ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، (103/06)، البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14439)، (407/07)، المحلى لابن حزم، (673/09).

[1] – الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، ابن عبد البر، وثق أصوله وخرجّ نصوصه: عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، 1414هـ، دار الوعي، حلب، القاهرة،(144/16).

[2] – الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، (14،13/05).

[3] – المصدر السابق، (44/05).

[4] – بحوث مقارنة في الفقه وأصوله للدريني، (447/02).

4- لكل عقد غاية نوعية قد شرّع هو وسيلة لتحقيقها، فلو أطلقت للإرادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق، ولأتت على تلك الغاية بالنقض و الإلغاء، و بـــذلك يصـــبح العقد بلا معنى من جهة، و يتحقق التعدي على حدود الله، وهذا غير مشـــروع، و مـــن ثم لا يباح شرط إلا إذا ثبتت صحته بدليل مستمد من مصادر الشريعة[1].

5- التراضي وحده غير كافٍ من حيث اعتباره مناطا للحل و المشروعية في العقـــود و الشروط، لتنتج آثارها الملزمة، بل لابد مع ذلك من موافقة الشرع أيضا، إذ قد يتم الاتفـــاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد، أو للنظام الشرعي العام[2].

6- إن الشريعة شاملة لكل شيء، و قد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمـــة و منـــها العقود، على أساس العدل، و ليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، و إلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة[3].

7-الشروط التي يشترطها العاقدان ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه و لم تُبْنَى علـــى التغليب، فكانت فاسدة وممنوعة[4].

المطلب الثاني: مسلك المجيزين (الجمهور)

قبل سرد أدلة الجمهور نذكر بأنه قد جاء كثير من الآيات تضـــمنت الوفـــاء بـــالعهود والعقود، كما جاء أيضا كثير من الأحاديث التي تضمنت حكم الشروط في أنها واجبة الوفـــاء

---

[1] – بحوث مقارنة في الفقه وأصوله للدريني، (448،447/02).

[2] – المرجع السابق، (448/02).

[3] – الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (3048/04).

[4] – المغني، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، 1403هـــ، 1983م، دار الكتـــاب العـــربي، بـــيروت، لبنـــان، (448/07).

بها، ما لم تخالف كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فمنها ما جاء عاما في جميع شروط عقود المعاملات، ومنها ما جاء خاصا في الشروط المقترنة بعقد النكاح فقط، وسوف نقتصر على ما له علاقة بحثنا هذا.

ذهب الجمهور إلى القول بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز و الصحة ولا يحرم منها و لا يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه و إبطاله، نصاً أو قياساً عند من يقول به، لكنهم ليسو على درجة واحدة في الإباحة فنجد الموسعين وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن قيم[1]، ونجد المالكية يتوسعون في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة[2]، و قد قرر هذا الإمام الشاطبي في الموافقات[3] و بعدهم الحنفية و الشافعية يتوسطون القول الأول و القول الثاني فلا يشترطون لإباحة الشرط نص خاص كما اشترط أصحاب الرأي الأول، ولا يجعلون الأصل في العقود و الشروط الإباحة كما ذهب إلى هذا الحنابلة، بل يميلون إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر و استثنوا بعضها و لكنهم توسعوا في الاستثناء[4]، و قد استدلوا بأدلة من الكتاب و السنة و إجماع الصحابة و الأثر و المعقول، نوردها فيما يلي:

أدلة الجمهور :

أولا: الكتاب

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ **المائدة: ١.**

---

[1] – مجموع الفتاوى لابن تيمية، (138،137/29)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، علق عليه وخرج أحاديثه: أبو عبيده مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الطبعة الأولى،رجب 1423هـ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، (108/03 وما بعدها).

[2] – بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، الدريني، (428/02).

[3] – الموافقات، الشاطبي، (197/01).

[4] – المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مصطفى شلبي، ص428.

وجه الاستدلال :

اختلف أهل التأويل في معنى العقود، فقد جاء في بعض معانيها أنها العقود التي يتعاقـــدها الناس بينهم و يعقدها المرء على نفسه، و الإيفاء بالعهد يقتضي إتمامه على ما عقد عليه مـــن شروطه الجائزة[1].

فقد تضمنت هذه الآية حكم الأمر بالوفاء بالعقود، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع و النكاح عقودا، و كذلك كل شرط شـــرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، فعلى المســـلمين أن يلتزمـــوا الوفـــاء بعهودهم و شروطهم إلا أن يظهر فيها ما يخالف كتاب الله فيسقط[2].

وقد أفاض ابن تيمية و ابن قيم في ذكر النصوص الدينية للاستدلال لقول الجمهور

منها، قوله تعـــالى: ﴿ **ٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهۡدَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ مِيثَٰقِهِۦ وَيَقۡطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ وَيُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِۚ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡخَٰسِرُونَ ٢٧** ﴾ **البقرة: ٢٧**

وجه الاستدلال:

في هذه الآية دليل على أن الوفاء بالعهد و التزامه، و كل عهد جائز ألزمه المرء نفسه، فلا يحل له نقضه، وقد قيل العهد على قسمين من بينها: العقد الذي يرتبط به المتعاقدان على وجه

---

[1] – تفسير الطبري،حققه وعلق حواشيه: محمود محمد شاكر، راجعه وخرج أحاديثه: أحمد محمد شاكر، الطبعة الثانية، بدون سنة الطبع، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، (453/09، 455).

[2] – أحكام القرآن، الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، 1412هـ، 1992م، دار إحياء التراث العـــربي، بيروت، لبنان، (275/03)، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، شارك في تحقيـــق هذا الجزء: محمد رضوان عرقسيوسي، الطبعة الأولى، 1427هـ، 2006م، مؤسســـة الرســـالة، بـــيروت، لبنـــان، (245/07)، أحكام القرآن، ابن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة 1424 هـ، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (09/02).

يجوز في الشريعة و يلزم الحكم، إما على الخصوص بينهما وإما على العموم على الخلق فلا يجوز حله ولا يحل نقضه[1].

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ۚ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ الإسراء: ٣٤.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا۟ عَـٰهَدُوا۟ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَـٰرَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ ٱللَّهِ مَسْـُٔولًا ﴾ الأحزاب: ١٥.

وجه الاستدلال:

فقد أمر الله ﷻ بالوفاء بالعقود، و هذا عام وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى :﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ﴾ فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، و إن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، إنما أمر بالوفاء به[2].

ثانيا : السنة

1- عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: عن النبي ﷺ قال:" أَحَقُ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ "[3].

[1] – الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، (372/01)، أحكام القرآن لابن العربي، (27/01).

[2] – القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، ص266.

[3] – أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (5151)، (20/07)، مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم (1418) ، (1035/02).

وجه الاستدلال:

دلّ هذا الحديث على أنّ أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأنّ أمره أحوط وبابه أضيق، فدلّ عامة على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن أليق الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح[1]، فإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورًا به، عُلِمَ أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتّب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دلّ أنّ الأصل فيها الصحة والإباحة[2].

وعليه ما دام جاء الأمر بالوفاء بالشروط التي يشترطها الزوجان، سواء كان الأمر على وجه الإلزام أو الندب أي الأولى، فالأصل في الاشتراط هو الصحة والجواز وهذا عليه جمهور الفقهاء.

2- حديث عن أبي هريرة ﷺ أنّ الرسول ﷺ قال :" الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْـمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً، وَ الْـمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"[3].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: "و المسلمون على شروطهم " أي ثابتون عليها واقفون عندها، وفي تعديته بـ: على، ووصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علوّ مرتبتهم وأنهم لا يخلّون بشروطهم، وفيه

---

[1] – فتح الباري، ابن حجر ، (272/09)، شرح سنن النسائي المسمى: ذخيرة العقبى في شرح المجتبى، جمعه محمد بن على الولّوي، الطبعة الأولى، 1424 هـ، 2003 م، دار آل بروم، المملكة العربية السعودية، (252/27).

[2] – القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، ص 272.

[3] – سبق تخريجه، انظر: ص65، 66، 67.

دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث[1].

قال الشافعي رحمه الله: في سنة النبي ﷺ أنه إنما يوفى من الشروط بما سنّ أنه جائز، و لم تدلّ سنّة على أنه غير جائز[2].

فللمشترط له أنه يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، فما أباحه الله في حال مخصوصة و لم يبيحه مطلقا، فإذا حوّله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرّم ما أحلّه الله وكذلك ما حرّمه الله في حال مخصوصة و لم يحرّمه مطلقا، لم يكن الشرط قد أباح ما حرّمه الله، وإن كان بدون الشرط يستصحب حكم الإباحة والتحريم لكن فرق بين ثبوت الإباحة والتحريم بالخطاب وبين ثبوته بمجرّد الاستصحاب[3].

3- حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه: " ... إن علي بن أبي طالب رضي الله عنه خطب بنت أبي جهل على فاطمة رضي الله عنها، فسمعت رسول الله ﷺ وهو يخطب الناس في ذلك، على منبره هذا وأنا يومئذ محتلم، فقال: إِنَّ فَاطِمَةَ مِنِّي وَإِنِّي أَتَخَوَفُ أَنْ تُفْتَنَ فِي دِينِهَا" قال: ثم ذكر صهرا[4] له فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن، قال: "حدثني فصدّقني ووعدني فوفّى لي، وإني

[1]– سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع الأحكام، الصنعاني، تعليق وتخريج: أبي عبد الرحمان عادل بن سعد، بدون رقم الطبعة، 1428هـ، 2007م، الكتاب العالمي للنشر، بيروت، لبنان، (75/03، 76).

[2]– السنن الكبرى، البيهقي، (405/07).

[3] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (148/29 وما بعدها).

[4] – **الصهر**: هو ما يحل نكاحه من القرابة و غير القرابة وهذا قول الكلبي وقال الضّحاك: الصهر، الرضاع، ويحرم من الصهر ما يحرم من النسب ويقال الصهر: الذي يحرم من النسب، أنظر: التعريفات للجرجاني، ص222، والمقصود بالصهر هنا هو أبو العاص بن الربيع، وقد أُسِرَ أبو العاص ببدر مع المشركين وفدته زينب فشرط عليه النبي ﷺ، أن يرسلها إليه فوفى له بذلك، وهذا معنى قوله:"ووعدني فوفى لي"، أنظر: الفتح لابن حجر، (109/07).

لَسْتُ أُحَرِّمُ حَلاَلاً، ولا أُحِلُّ حَرَاماً، ولكن والله لا يجتمع بنت رسول الله ﷺ وبنت عدو الله مكانا واحدا أبدا"[1].

وجه الاستدلال:

قال ابن حجر:" والغرض منه هنا، أي ذكر هذا الحديث في باب الشروط في النكاح، ثناء النبي ﷺ لأجل وفائه بما شرط له"[2].

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: "حدثني فصدقني"، لعلّه كان شرط على نفسه أن لا يتزوج على زينب، وكذلك علي، فإن لم يكن كذلك فهو محمول على أنّ عليّا نسي ذلك الشرط فلذلك أقدم على الخطبة[3].

كما تضمن الحديث أيضا أنه ﷺ أخبر أن ذلك يؤذي فاطمة رضي الله عنها ويريبها، وأنه يؤذيه ﷺ ويريبه ومعلوم قطعا أنه صلى الله عليه وسلم إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على أن لا يؤذيها ولا يريبها، ولا يؤذي أباها ﷺ ولا يريبه، وإن لم يكن هذا مشترطا في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة أنه إنما دخل عليه، وفي ذكره عليه الصلاة و السلام صهره الآخر وثناؤه عليه تعريض بـ: علي رضي الله عنه، وتهييج له على الاقتداء به، وهذا يشعر بأنه جرى منه وعد له بأن لا يريبها ولا يؤذيها، فهيجه على الوفاء له، كما وفى له صهره الآخر[4].

---

[1] – أخرجه البخاري، كتاب فرض الخمس، باب ما ذكر في درع النبي ﷺ وعصاه وسيفه وقدحه، وخاتمه وما استعمل الخلفاء بعده من ذلك، حديث رقم (3110)، (83/04)، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ حديث رقم (2449)، (1903/04).

[2]– فتح الباري لابن حجر، (271/09).

[3]– فتح الباري ،ابن حجر، (110/07).

[4]– زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، (116/05).

ثالثا: إجماع الصحابة

لقد قال بصحة الشروط في النكاح جمع من الصحابة، وهذا مروي عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص ﷺ، وبه قال شريح و عمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق، قال ابن قدامة: "ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا"[1].

رابعا:الأثر

1-عن عبد الرحمن بن غنم، قال: "شهدت عمر بن الخطاب ﷺ واختصم إليه في امرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها، قال عمر: لها شرطها، قال رجل: لئن كان هكذا، لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فارقته، فقال عمر: المسلمون عند مشارطهم، عند مقاطع حدودهم"[2].

وجه الاستدلال:

لم ينكر عمر ﷺ قوله: "لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فارقته"، لأن الذي شرطته له

---

[1]- المغني، ابن قدامة المقدسي، (449،448/07)، الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر اليسابوري، حققه وقدم له وخرج أحاديثه: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، الطبعة الأولى، 1426هـ، 2005م، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، (68/05).

[2]- أخرجه البخاري معلقا، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (190/03)، وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، (20/07)، وعبد الرزاق في المصنف، باب الشرط في النكاح، حديث رقم (10608)، (227/06)، وابن ابي شيبة في المصنف، كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، حديث رقم (16590)، (101/06)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14438)، (407/07).

فيه منفعة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازما[1]، فهذا الأثر يفيد بظاهره، أنّ الحقوق تتحدد وتلزم من كانت عليه، بالشروط، لأن الشروط هي التي تبين حدود الحقوق التي يجب الوفاء والأخذ بها فعموم الأثر شامل لكل شرط إلا ما خُصَّ بدليل[2].

قول عمر ﷺ في هذه القضية عندما عارضه المقضي عليه في قضائه يدلّ على أنّ الحكم في الشروط هو الصحة ولزوم الوفاء بها، حيث بيّن ﷺ حكم الشروط بجملة عامة تصلح أن تكون دستورا وقاعدة فيها، وأنّها هي الفاصلة فيما يترتّب على العقد من حقوق لكل من المتعاقدين قِبَلَ الآخر والقاطعة فيما ينشأ عنه من الأحكام وما يترتب عليه من الآثار، فعلى العاقد ألاّ يطالب بحقّ أسقطه بشرط شرطه على نفسه، كما أن عليه ألاّ يخلّ بما أوجبه بالتزامه ما دام ذلك متعلّقا بحق من حقوقه[3].

2- أن معاوية ﷺ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ شَرَطَ لَـهَا زَوْجُهَا أَنَّ لَـهَا دَارَهَا، فَسَأَلَ عمرو بن العاص، فقال:" أَرَى أَنْ يَفِيَ لَـهَا بِشَرْطِهَا"[4].

وجه الاستدلال:

قضاء عمرو بن العاص لهذه المرأة بأن يفي لها زوجها بالشرط الذي شرطته دليل

---

[1]- كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، تحقيق: محمد أمين الصاوي، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (83،82/04).

[2]- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، (454/02)، محاضرات في الفقه المقارن، محمد سعيد رمضان البوطي، الطبعة الثانية، 1422هـ،2001م، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص83.

[3]- نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان، ص69.

[4]- أخرجه عبد الرزاق في المصنف، باب الشرط في النكاح، حديث رقم (10612) ، (228/06)، ابن أبي شيبة في المنصف، كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، حديث رقم (16593)،(102/06)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، (408/07).

على صحة هذا الشرط، لأن الأمر بالوفاء دليل الإباحة.

خامسا:المعقول

1- الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر. والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر[1].

2- باب الشروط يدفع حيل أكثر المتحيلين، ويجعل للرجل مخرجا مما يخاف منه ومما يضيق عليه فالشرط الجائز بمترلة العقد، بل هو عقد وعهد[2].

3- الشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق ربّ العالمين، فكلّ طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط، وإن كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط[3].

4- إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، وقد قال الله تعالى:﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾ **الأنعام ١١٩**، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة[4].

1- إعلام الموقعين، ابن قيم، (379،378/05).

2- المصدر السابق، (379/05).

3- المصدر السابق، (379/05).

4- القواعد النورانية لابن تيمية، ص276، مجموع الفتاوى لابن تيمية، (150/29).

5- ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حلّه بعينه، لأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم[1].

6- الأصل في العقود رضا العاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لانّ الله تعالى قال:﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ **النساء٢٩**، فإذا كان البيع لا يجوز إلا بالتراضي فالنكاح أولى، والعاقد لم يرض بالعقد إلا مع الشرط فإلزامه بالعقد بلا شرطه إلزام بعقد لم يرض به، وهو خلاف الأدلة والأصول، وإبطالهما معا إبطال ما لم يبطله الشارع[2].

7- اشتراط الشروط التي لا تنافي مقصود العقد ولا مقصود الشارع، لم تكن لَغْوًا و لم تشتمل على ما حرّمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حلّه لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، لأن الإقدام على الفعل مظنّة الحاجة إليه، و لم يثبت تحريمه فيباح رفعا للحرج[3].

8- الحكم ببطلان الشروط، حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرّمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثّم الله ورسوله به فاعله[4].

9- الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها، وكان رضاه بالعقد على أساسها، وهي لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لابد من الوفاء بها إجابة

---

[1]- القواعد النورانية لابن تيمية، ص276.

[2]- المصدر السابق، ص280، أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، الطبعة الأولى، 1430هـ،2009م، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، (163/01).

[3]- القواعد النورانية لابن تيمية، ص281.

[4]- إعلام الموقعين، ابن قيم، (107/03).

للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه، وهو وجوب الوفاء بالعقود و العهود ، وان حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد، فكان حقا أن ينظر في رضا المشترط من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد[1].

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

الفرع الأول: مناقشة أدلة المجيزين

أولا: مناقشة أدلة الكتاب:

ناقش الظاهرية الجمهور في الأدلة التي استدلوا بها من القرآن بما يلي:

الآيات القرآنية التي استدل بها الجمهور قال فيها الظاهرية بأنها ليست على عمومها، ولكنها في بعض العهود وبعض العقود وبعض الشروط[2].

ورُدَ هذا بـ:

هذا عموم[3] في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه، فغير جائز أن يخص منه شيء، حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه يجب التسليم لها،

---

[1]– الأحوال الشخصية ، أبو زهرة، ص160.

[2]– الإحكام، ابن حزم، (15/05).

[3]– **العام**: هو كل لفظ ينتظم جمعا من الأفراد، إما لفظا كقولنا، مسلمون ومشرقون، وإما معنى كقولنا من وما.

وقد ذهب العلماء في حكم العمل بالعام ثلاثة مذاهب:

الأول: مذهب عامة الأشاعرة، وهو التوقف حتى يقوم دليل عموم أو خصوص، ويسمى أهل هذا المذهب بالواقفية، ومال من الحنفية إلى هذا الرأي أبو سعيد البردعي.

الثاني: مذهب أبي عبد الله الثلجي من الحنفية والجبائي من المعتزلة، وهو الجزم بأخص الخصوص، كالواحد في الجنس والثلاثة في الجمع، ويسمى أهل هذا المذهب بأرباب الخصوص. =

وعليه فلا معنى لقول من وجّه ذلك إلى معنى الأمر بالوفاء ببعض العقود التي أمر الله بالوفاء بها دون بعض[1].

قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهۡدَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ مِيثَٰقِهِۦ ﴾ البقرة: ٢٧،

﴿ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ ﴾ الأنعام: ١٥٢.

هذه الآيات في غاية البيان، لأن عهد الله إنما هو مضاف إلى الله تعالى، ولا يضاف إلى الله عز وجل إلا ما أمر به لا ما نهي عنه[2].

ثانيا: مناقشة أدلة السنة

نوقش حديث عقبة بن عامرﷺ من وجهين:

= **الثالث**: مذهب جمهور العلماء، وهو إثبات الحكم في جميع ما يتناوله لفظ العام، ويسمى هذا المذهب بمذهب أرباب العموم.

فأرباب الخصوص يقولون في لفظ المشركين وأمثاله: إنه موضوع لأقل الجمع ، وهو للخصوص، وما جاز فيما فوق ذلك، وأرباب العموم يقولون: هو للاستغراق، فإن أريد به البعض فقد يجوز به عن حقيقته ووضعه، والواقفية يقولون هو مشترك أو مجهول الوضع، وإنما يترل على خصوص أو عموم بقرينة واردة معينة، أنظر: أصول الشاشي وبهامشه عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي للكنكوهي، ضبطه وصححه: عبد الله محمد الخليلي، الطبعة الأولى، 2003م ،1424هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص14، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى سعيد الخن، الطبعة السابعة، 1418هـ،1998م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص202،203.

[1]– تفسير الطبري، (454/09)، أحكام القرآن القرآن، الجصاص، (287،286/03).

[2]– الإحكام، ابن الحزم، (17/05).

الوجه الأول:

إنما هذا بلا شك في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحلّ بها الفروج، من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف وترك المضرّة أو التسريح بإحسان، لا بما نهى الله تعالى أن يستحل به الفروج من الشروط الفاسدة المفسدة من تحليل حرام، أو تحريم حلال، أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط[1]، ولأنّ كل ذلك خلاف لأوامر الله تعالى، ولأوامره عليه الصلاة والسلام، واشتراط المرأة أن لا يتزوج، أو أن لا يستري أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها، كل ذلك تحريم حلال، وهو و تحليل الخنزير والميتة سواء، في أن كل ذلك خلاف لحكم الله عزّ وجل، فصحّ أنه عليه الصلاة والسلام إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، هو الذي استحلّ به الفروج لا ما سواه[2].

ورد هذا من ثلاثة أوجه:

1- أن محلّ النزاع في الشروط الجائزة لا تتنافى مع مقتضيات العقد، وإن لم تكن من لوازمه وليس محلّ النزاع في الشروط المحرّمة، فلا خلاف بين الجميع أنه لا اعتبار بأي شرط يحلل الحرام أو يحرم الحلال أو يسقط فرضا، لأن جميع ذلك مخالفة لأوامر الله تعالى، وإنما الخلاف في التسوية بين منصوص على تحريمه كالخمر والختزير والميتة، وما لم ينص على تحريمه كاشتراط المرأة على زوجها ما لها فيه مصلحة، ممّا لم يرد فيها دليل على التحريم، بل الأدلة على جوازها، لأَن عدم دليل التحريم، دليل على عدم التحريم، فمن سوّى بينهما سوّى بين الضدّين،

[1]- الإحكام، ابن حزم، (21/05).

[2]- المحلى لابن حزم، (674/09).

وفي هذا تحريم ما أحلّ الله[1].

2- حتى وإن سلّمنا بهذا الحمل للحديث فقصر دلالته على شرط الصداق يحتاج إلى دليل يخصّصه من العموم، حيث إن الحديث عام في جميع الشروط التي لا تخالف كتاب الله، وكيف ساغ لابن حزم الظاهري أن يخالف ظاهر النص ويقيد ما أطلقه الرسول ﷺ وهو الذي طالما عاب على العلماء تركهم الأخذ بظاهر النصوص، لدعاوى لم يقم على صحتها برهان[2]؟

3- قصر دلالة الحديث على شرط الصداق، لأنه المشروط في مقابلة البضع، فما لم يقبض لا يحل، فغير مُسَلَّمٌ[3] لأن الله تعالى أباح نكاح التفويض[4] فقال: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ البقرة: ٢٣٦، ففي هذه الآية إخبار برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع، فرض مهرا أو لم يفرض[5]، فأباح الله الطلاق مع عدم الفرض و المسيس، و الطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح و لا خلاف فيه[6].

---

[1]- أسباب انحلال العقود غير المالية، احمد اليوسف، (157/01) .

[2]- المرجع السابق، (157/01).

[3]- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترميذي، محمد المباركفوري، أشرف على مراجعة أصوله وتصحيحه: عبد الوهاب عبد اللطيف، بدون رقم وسنة الطبع، دار الفكر، (275/04)، أسباب انحلال العقود غير مالية، أحمد اليوسف ، (157/01).

[4]- نكاح التفويض وهو أن يعقد النكاح دون صداق، انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، تحقيق وتعليق، ودارسة: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، 1420هـ،2000م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (53/02).

[5]- الجامع لاحكام القرآن، القرطبي، (157/04).

[6]- الفقه المالكي في ثوبه الجديد، محمد بشير الشقفة، الطبعة الثانية، 1422هـ،2001م، دار القلم، دمشق، (541/03).

الوجه الثاني:

حملوا الحديث على الشروط التي لا تنافي مقتضى النكاح، بل تكون من مقتضياته و مقاصده[1].

وردّ هذا من وجهين:

1- حمل الحديث على هذه الشروط فيه ضعف، لأن هذه الأمور لا تأثر الشروط في إيجابها فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها، و مقتضى الحديث أن لفظة :"أحق الشروط" تقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء، و بعضها أشد إقتضاء له، و الشروط التي هي مقتضى العقود مستوية في وجوب الوفاء[2].

2- حمل الحديث على هذه الشروط تقليل لفائدته، لأن هذه أمور لازمة للعقد لا تفتقر إلى شرط، وإن أرادوا غير ذلك فما هو؟ فالمراد في الحديث الشروط الجائزة لا المنهي عنها[3].

نوقش حديث أبي هريرة ﷺ من وجهين:

الوجه الأول:

أن الحديث ضعيف، وقالوا بأن هذا كلام لا يصح عن رسول الله ﷺ ولا رواه، من فيه خير، لأنها إنما هي من رواية كثير بن زيد وهو ساقط مُطَّرِحٌ أو مرسل[4].

1- صحيح مسلم بشرح النووي، خرج أحاديثه: محمد بن عبادي بن عبد الحليم، الطبعة الأولى، 1424هـ،2003م، مكتبة الصفا، الأزهر، القاهرة، (159/09).

2- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ابن دقيق العيد، تحقيق: عبد القادر عرفان العشّا حسونة، بإشراف: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، بيروت، ص494.

3- سبل السلام شرح بلوغ المرام، الصنعاني، (163/03).

4- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، (23/05)، المحلى لابن حزم، (153/09).

وردّ هذا: بأن الحديث وإن كان لا يخلوا من مقال، لكن يتقوى بكثرة طرقه، فأسانيد هذا الحديث و إن كان الواحد منها ضعيفا، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً[1].

الوجه الثاني:

لو صحّ وهو لا يصح لكان حجة لنا عليهم، لأن فيه إضافة النبي ﷺ الشروط إلى المسلمين، ولا يجوز أن يضاف إلى المسلمين من الشروط فيقال: شروط المسلمين و المسلمون عند شروطهم إلا في الشروط الجائزة، لا في الشروط المنهي عنها، ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله تعالى في القرآن أو السنة الثابتة عقدها، لا شروط للمسلمين غيرها، لأن المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها[2] وكل شرط يخرج المباح باطل[3].

وردّ هذا: هذه الشروط لا تحرّم حلالا ولا تحلّ حراما، وإنما يثبت للمرأة إذا لم يف به خيار الفسخ[4] .

فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرّمه الله ولا يحرّم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله، كما ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، كالزيادة في المهر هو مباح، لكن إذا أشترط يكون واجبا[5].

[1]- القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، ص273.

[2]- المحلى، ابن حزم، (153/09)، الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، (24،23/05).

[3]- الاستذكار، ابن عبد البر، (149/16).

[4]- كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، (83/04).

[5]- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، ص274.

ثالثا: مناقشة دليل الإجماع

نوقش إجماع الصحابة بـــ: قول علي ﷺ عندما رفع إليه رجل تزوج امرأة، وشرط لها دارها، قال:" شرط الله قبل شرطهم، لم يره شيئا"[1]، فكأنه رأى للـــزوج أن يخرجهـــا، وإن كانت اشترطت على زوجها أن لا يخرجها.

رابعا:مناقشة أدلة الأثر

نوقش أثر عمر بن الخطاب ﷺ[2] الذي استدلّ به الجمهور بـــ :

هذه الرواية تعارضها رواية أخرى، نصّت على إلغاء الشرط وقد سبق ذكرها في أدلـــة المانعين، وقال البيهقي في الرواية التي مفادها إلغاء الشرط بأنها: أشبه بالكتاب والسنة، وقـــول غيره من الصحابة ﷺ[3].

وَرُدَّ هذا بـــ: أثر عمر بن الخطاب ﷺ الذي استدلّ به الجمهـــور، قـــد أورده الإمـــام البخاري في صحيحه مُعَلَّقًا[4]، و لم يذكر الرواية الثانية التي نصّت على إلغاء الشرط.

---

[1]– سبق تخريجه، أنظر ص67،68.

[2]- سبق تخريجه، أنظر ص76،77.

[3]– السنن الكبرى للبيهقي، (407/07).

[4]– **المعلق**: وهو الذي حذف من مبتدأ إسناده واحد، أو أكثر، وأغلب ما وقع ذلك في كتاب البخـــاري، وهـــو في كتاب مسلم قليل جدا، ففي بعضه نظر، أنظر: مقدمة ابن الصلاح، علوم الحديث، ابن الصلاح، اعتنى به وحققه: إسماعيل زرمان، الطبعة الأولى، 1428هـــ، 2007م، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، ص20، وقـــال العراقـــي في الألفية:

وَإِنْ يَكُنْ أَوَلُ الْإِسْنَادِ حُذِفْ مَعَ صِيغَةِ الْجَزْمِ فَتَعْلِيقًا عُرِفْ

وَلَوْ إِلَىَ آخِرِهِ، أَمَّا الــــذِي لِشَيْخِهِ عَزَا بِ (قَالَ) فَكَذِي

عَنْعَنَةُ كَخَبَرِ الْمَعَــــــازِفِ لاَ تُصِغْ (لابن حزم) الْمُخَالِفِ.=

والرّواية هذه وصلها سعيد بن منصور من طريق إسماعيل بن عبيد الله وهو ابن أبي المهاجر عن عبد الرحمن بن غنم، وزاد ابن حجر عليها قول عمر ﷺ:" إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولها ما اشترطت"[1] لذا فالذي يترجح هو الرواية التي أوردها البخاري معلقة بصيغة الجزم، لأنّ ما كان معلّقا بلفظ في جزم وحُكِمَ به على من علّقه عنه، فقد حُكِم بصحته عنه، فلن يستجيز إطلاق ذلك إلا إذا صحّ عنده ذلك عنه[2].

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المانعين

أولا: مناقشة أدلة الكتاب:

نوقشت أدلة الكتاب التي استدل بها الظاهرية من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن هذه الشروط لم تشرّع، وقد دلّت النصوص على جوازها بالعموم أو بالخصوص، كما تقدم في أدلة القول الثاني[3].

الوجه الثاني: تعدي حدود الله هو تحريم ما أَحَلَهُ الله أو إِبَاحَةُ مَا حَرَمَهُ أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه أو عفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده[4].

الوجه الثالث: لا يفهم من كمال الدين النص على كل شيء، وإنما يؤخذ كمال الدين من مجموع أدلة الشرع التي دلّت النصوص على اعتبارها وهي الكتاب والسنة والإجماع

= أنظر: ألفية العراقي مع الشرح، السيوطي، دراسة وتحقيق: محمد سالم النعمان، الطبعة الأولى، 1429هـ،2008م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص112.

[1]– فتح الباري، ابن حجر، (271/09).

[2]– مقدمة ابن الصلاح، ص20.

[3]– القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، ص260.

[4]– إعلام الموقعين، ابن قيم، (114/03).

والقياس، وقد تضمنت هذه الأدلة ما يدلّ على جواز هذه الشروط، بـل هنـاك مـن قـال بلزومها[1].

ثانيا: مناقشة أدلة السنة

1- نوقش حديث عائشة رضي الله عنها من خمسة أوجه:

الوجه الأول: المراد بكتاب الله، أي: حكم الله،كما قال تعـالى: ﴿ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾ **النساء٢٤**، أي حكم الله فيكم، فأحال النبي ﷺ المجتهد على ملاحظة الشرط وإن كـان في حكم الله جائزا بدليل يدلّ عليه[2]، وقال القرطبي رحمه الله في معنى قوله ﷺ: "ليس في كتـاب الله" أي ليس مشروعا في كتاب الله تأصيلا ولا تفصيلا، ومعنى هذا أن من الأحكام ما يؤخذ تفصيله من كتاب الله كالوضوء، ومنها ما يؤخذ تأصيله دون تفصيله كالصلاة، ومنها ما أصل أصله كدلالة الكتاب على أصلية السنة والإجماع وكذلك القياس الصحيح، فكلّ ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلا فهو مأخوذ من كتاب الله تأصيلا، فكتاب الله معناه في حكم الله وقضائه من كتابه أو سنة رسوله أو إجماع الأمة[3].

الوجه الثاني: معنى قوله ﷺ: "وإن كان مائة شرط" أي أنه لو شرط مائة مرة توكيـدا فالشرط باطل و إنما حمل ذلك على التوكيد لأن الدليل قد دلّ على بطلان جميع الشروط التي

---

[1]- أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (148/01).

[2]- الاستذكار لابن عبد البر، (200/23)، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ابن العربي، دراسة وتحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى، 1992م، دار الغرب الإسلام، بيروت، لبنان، (699،698/02).

[3]- شرح صحيح البخاري، ابن بطال، ضبط نصه وعلق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشـد، الريـاض، (79/07).

ليست في كتاب الله فلا حاجة إلى تقييدها بالمائة، فإنما لو زادت عليها كان الحكم كـــذلك، فخرج مخرج التكثير، أي الشروط غير مشروعة باطلة ولو كثرت[1].

الوجه الثالث: معنى الحديث هو أن كل شرط لم يرد في كتاب الله نفيه فهو مباح[2].

الوجه الرابع: العقود والشروط المحرّمة قد يلزم بها أحكام، فإن الله قد حرّم عقد الظهار في كتابه وسمّاه ﴿ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ ﴾ **المجادلة ٢**، وأوجب به على مـــن عـــاد الكفارة، ومن لم يعد جعل في حقّه مقصود التحريم من ترك الوطء، أو ترك العقد، فالعقد المحرّم قد يكون سببا لإيجابٍ أو تحريمٍ، نعم لا يكون سببا لإباحة[3].

الوجه الخامس: قياس الظاهرية لجميع الشروط على اشتراط الولاء في الحـــديث، غـــير مسلم به، لأنّ شرط الولاء لم يخالف مقتضى العقد، وإنما خالف نصا شرعيا صريحا، هو قولـــه ﷺ : "إنما الولاء لمن أعتق"[4].

2- نوقش حديث أبي هريرة ﷺ من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: الحديث ضعيف، وقد تقدّم كيف رُدَّ هذا القول[5].

الوجه الثاني: أول الحديث فيه ردّ كلامهم، فالمسلمون على شروطهم، وهو عام في كل شرط لا يخالف شرع الله، والزوج قد التزم بهذا الشرط مختارا حين العقد، فلا يليق الامتناع من

---

[1]- فتح الباري لابن حجر، (233/05)، نيل الأوطار للشوكاني، (05/ 204).

[2]- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، ص285.

[3]- المصدر السابق، ص 285، 286.

[4]- المصدر السابق، ص 288،289.

[5]- أنظر: رد الجمهور على الظاهرية في قولهم بأن الحديث ضعيف، ص85 من هذه المذكرة.

الوفاء به[1]، كيف وأن النبي ﷺ بين أنه تظهر حقيقة إيمانهم عند الوفاء بشروطهم[2].

الوجه الثالث: وهو الوجه الثالث من رد مناقشة الظاهرية لحديث عقبة بن عامر[3].

3- نوقش حديث جابر رضي الله عنه من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: هذا الحديث ضعيف، وقد قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل "هذا حديث خطأ، رواه ابن إدريس، عن يحي بن عبد الله بن أبي قَتَادَةَ عن أمه، أو عن بعض أهله، عن النبي ﷺ [4].

الوجه الثاني: يحتمّل من قوله ﷺ لهذه المرأة "إن هذا لا يصلح " أنه خشي عليها الفتنة، وخاصة إذا كانت شابة[5].

الوجه الثالث: أن النبي ﷺ لم يتزوجها مما يدلّ على أنها التزمت بشرطها لزوجها ألا تتزوج بعده، ولو كان ذلك حراما لما التزمت به المرأة[6].

ثالثا: مناقشة أدلة الأثر

1- نوقش أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه :

1- أسباب انحلال العقود غير المالية ، أحمد اليوسف، (152/01)

2- أحكام القرآن لابن العربي، (09/02).

3- انظر الصفحة 83 من هذه المذكرة.

4- العلل، بن أبي حاتم، تحقيق: فريق من الباحثين، بإشراف وعناية: سعد بن عبد الله الحميد و خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى،1427هـ، 2006م، الرياض، (685/07).

5- أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (153/01).

6- المرجع السابق، (153/01).

أن الرواية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تضادت في هذا، فمرة ورد فيها لا اعتبار للشرط ومرة فيها اعتبار له، وقد قال أبو عبيد: تضادت الروايات عن عمر في هذا[1] وقد سبق القول بأن الرواية التي أوردها البخاري معلقة بصيغة الجزم تترجح على الرواية الثانية التي فيها لا اعتبار للشرط.

2- نوقش أثر علي رضي الله عنه:

قد خالفه غيره من الصحابة رضي الله عنهم في هذا، كعمر ومعاوية وعمرو بن العاص وسعيد بن أبي وقاص، فكان بمثابة الإجماع[2].

رابعا: مناقشة أدلة المعقول

مناقشة الدليل الأول:

ما ذكر من تضمن لأحد تلك الأمور الأربعة ففاتكم قسم خامس وهو الحق، وهو ما أباحه سبحانه وتعالى للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحلّه له بعد أن كان حراما عليه، أو يحرّمه عليه بعد أن كان حلالا عليه، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجبا، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه سبحانه، فهو الذي أحلّ وحرّم وأوجب وأسقط، وإنما للعبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراما عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجبا عليه من حقوقها، كذلك التزامه بالعقد والعهد والشرط، فإذا ملكه تغيير الحكم بالعقد هلكه بالشرط الذي هو تابع له[3].

1- فتح الباري لابن حجر، (273/09)، تحفة الأحوذي للمباركفوري، (276/04).

2- المغني لابن قدامة المقدسي، (448/07،449).

3- إعلام الموقعين لابن قيم، (114/03).

مناقشة الدليل الثالث: نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: قولهم إن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد ممنوع، فإنه من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد، كاشتراط الرهن في البيع[1].

الوجه الثاني قولهم: كل شرط ليس من مصلحة العقد فهو ممنوع، هذا الكلام مدفوع لأنه استدلال بمحل التراع[2].

الوجه الثالث: قولهم يبطل بالزيادة على مهر المثل، وشرط غير نقد البلد ومع ذلك جوّزوا ما لو اشترطت المرأة غير نقد البلد[3].

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وذكر أدلتهم مع المناقشة، وبالنظر في الأدلة التي استدلوا بها، وما ورد عليها من اعتراضات، نرى أن أدلة المانعين لم يسلم منها دليل يصلح التمسك به، وأن أدلة المبيحين قد سلم منها ما يقوى على إثبات مدّعاهم، وإذا سلم الدليل سلم المدعى، لكن لا يظن بهؤلاء أنهم فتحوا باب الشروط لكل طارق، يبيح منها ما يشاء بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أي شرط أن يستوعب الأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحا فإن وجد المعارض عمل به، وإلا حكم بإباحة الشرط وصحته[4].

اجتهادات الفقهاء الذين يرون أن الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق، ترى أن

1- كشاف القناع للبهوتي، (83/04).

2- أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (155/01).

3- المغني لابن قدامة المقدسي، (449/07).

4- نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان، ص91.

الأصل الشرعي، بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية، هو حرية العقود أنواعا و شروطا، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان و يشترطان، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط، وهذا مبني الاجتهاد الحنبلي، بحسب نصوص فقهائه المختلفة، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدرا بمبدأ سلطان الإرادة، وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي، ففي هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين، بل يرون أن الشارع في الشريعة الإسلامية قد فوض إلى إرادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل مالم يصادم نصا من نصوص الشريعة و لا ينقض أصلا من أصولها الثابتة، فهؤلاء هم أوسع نظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده، لأنهم يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه مادامت مشروعة[1].

فالإمام أحمد فتح باب التعاقد على مصراعيه، فلم يمنع شرطا إلا إذا كان ثمة نص مانع، و لم يجعل المقتضيات التي يستخرجها القياس تحكما في مصالح الناس وحاجاتهم، لأن ذلك قد يؤدي إلى الحرج المنهي عنه، فالاجتهاد الحنبلي مزاياه في سلطان الإرادة إجمالا لا ينقضي منه إعجاب المتأمل، فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح، واسع الحدود، لاسيما إذا عرفنا أن مبدأ سلطان الإرادة الذي قرّره الاجتهاد الحنبلي منذ اثني عشر قرنا، استنباطا من نصوص الشريعة الإسلامية الخصبة وأصولها المحكمة الواضحة[2]، لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني[3].

---

[1]- المدخل الفقهي العام، الزرقا، (552/01 وما بعدها).

[2]- وفي هذا الصدد يقول أبو زهرة عن الإمام أحمد:" وهكذا نرى ذلك الإمام الذي جعل آثار السلف أستاذه، فتخرج عليها، واهتدى بهديها، ولم يخرج عن سننها، ولم يسلك غير سبيلها، واقتبست روحه من نورها، انتهى في العقود وكثير من معاملات الناس إلى التوسعة بدل التضييق، وإلى الإباحة دون المنع"، أنظر: كتاب ابن حنبل، لأبو زهرة، ص396.

[3]- ابن حنبل لأبو زهرة، ص395، 396، المدخل الفقهي العام للزرقا، (558/01).

لكن هل يؤخذ بهذا الرأي على إطلاقه سواء في عقود المعاوضات المالية، أو عقود الزواج، أم لا بد هناك من التفرقة ؟

يرى الدكتور وهبة الزحيلي بأنه يجب أن يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتّسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفا لدى الفقهاء، ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصا على ما له من حرمة وقداسة، ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلّبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثّر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية[1].

[1]– الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، (3052/04).

المبحث الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في القانون

تمهيد: لقد سبق وأن تكلمنا في الفصل التمهيدي عن مبدأ سلطان الإرادة ومدى علاقته بالاشتراط، وما مدى دوره في انعقاد العقد.

فلا ينكر أحد أن العاقد لا يأتي على تصرف إلا خدمة لمصلحة يقصدها ويرجوا تحققها، و الأمر سيان لشريكه في العلاقة التعاقدية، فاحتمل بذلك المشاحنة و المشاحاة بين الطرفين، وهذا قد يؤدي إلى أحد فرضين، إما عدم الاتفاق لتضارب المصالح نتيجة تمسك كل واحد منهما بتحقيق مصلحته دون مراعاة مصلحة الآخر، و إما الاتفاق ظاهر مع احتمال رضوخ أحداهما لإرادة الطرف الأخر دون طيب نفس منه، ولا جرم أن نتيجة الفرضين ليست مقصودة من قبل الشرع فكان لزاما أن تحدد سلفا الضابط الذي يحكم كل العلاقات التعاقدية، فجعلت أثار العقد و أحكامه من عمل الشارع حفظا للتوازن.

لكن ألا يمكن للمتعاقد عموما و أطراف العلاقة الزوجية على وجه الخصوص الخروج عن هذا المبدأ و الاتصال بهذه الآثار من حيث تعديلها عن طريق الشروط التقييدية للعقد[1]؟

إن الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز كما سبق ذكره وهذا استنادا الى القاعدة القانونية القائلة بأن "العقد شريعة المتعاقدين" حيث نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري بأن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"[2] فالعقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون

---

[1]- ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رباحي أحمد، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07-2010، ص23.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين آخره القانون رقم05-10 المؤرخ في 20يونيو2005.

الذي ينطبق على المتعاقدين من حيث ما ينشأ للمتعاقدين من حقوق وما ينشأ علـــيهم مـــن التزامات دون أن يملك أحدهما بمفرده حق تعديل أو نقض ما جاء في العقد إلا في الحالة الـــتي يجيز فيها القانون للمتعاقدين حق تعديل أو نقض العقد[1].

وعلى الرغم من أننا نجد المشرع الجزائري يعترف بسلطان الإرادة، إلا أنه يحصره في دائرة محددة تتوافق وتتماشى فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام وهو عين الصواب، لأنه إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام و أثار الالتزامات التعاقدية، لوجدنا أنها محدودة ومقيدة في ذلك دائما وأبدا بحدود وقيود النظام العام و الآداب، وعليه يكون موقف المشرع الجزائري من حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد، هو أن الأصل فيها الإباحة و الإطلاق، وأما الاستثناء فيها فهو التقييد و الحظر[2].

فغني عن البيان أن سلطان الإرادة ليس مطلقا من كل قيد، فهناك العديد من القيود التي تحدّ من الدور الذي تقوم به الإرادة في التصرف القانوني، سواء تعلّق الأمر بإنشـــاء هـــذا التصرف أو تحديد آثاره، ممّا أدّى إلى تقليص دور سلطان الإرادة، ويكاد يكون هناك إجمـــاع فقهي على أنّ تلك القيود مردّها في معظمها فكرة النظام العام والآداب، وقد نصّـــت معظـــم القوانين العربية على هذا القيد[3].

والملاحظ أن الحدّ الفاصل الذي وضعه علماء القانون لسلطان الإرادة في تحديد آثار العقد

---

[1]– الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، خليل أحمد حسن قدادة، (106/01).

[2]– الشرط المقترن بالعقد "دراسة مقارنة"، لمطاعي نور الدين، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1995م- 1996م، ص159.

[3]– قد نص على هذا القيد القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 204، مـــن الأمـــر رقـــم 75، 58 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975،" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير يمكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام".

هو الذي وصل إليه علماء الفقه الإسلامي[1]، وفي هذا الصدد يقول أبو زهرة:" إن الشريعة لا تعطي حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطي تلك الحماية لما يلائمها من الشروط، وتمنع مما يخالفها، ومثلها في ذلك المنع مثل القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام، فهي لا تمنحها الحماية، ولا تجيز للمحاكم رعايتها، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال"[2].

ولنا هنا أن نتساءل عن الحدود التي منحها القانون الجزائري لأطراف العلاقة الزوجية في باب الاشتراط، وإلى أي المذاهب الإسلامية يقترب موقف المشرع الجزائري ؟

لقد نصّ قانون الأسرة الجزائري في المادة 19 المعدلة على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"[3].

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل الاشتراط في عقد الزواج مقيّد بقيد واحد وهو عدم مخالفة هذه الشروط لأحكام وقواعد هذا القانون، وقد نصّت معظم التشريعات العربية على هذا القيد.

فالمشرع المغربي نجده قد نص على هذا القيد من خلال نص المادة 47 من مدونة الأسرة حيث نصت:"الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف

[1]– ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رباحي أحمد، ص32.

[2]– الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، ص235.

[3]– عدلت بالأمر 05 – 02 المؤرخ في27فبراير2005، وحررت في ظل القانون 84-11، كما يلي:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون".

القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا"[1].

والآن سوف أتطرق إلى دراسة أهم القيود الواردة على حرية الزوجين في الاشتراط من الناحية القانونية في المطالب التالية:

المطلب الأول: عدم مخالفة النظام العام

لكي نوضح هذا الضابط أو القيد يجدر بنا أن نجلو فكرة النظام العام وحقيقة الشرط المخالف للنظام العام وحكمه.

الفرع الأول: تعريف فكرة النظام العام

يصعب تحديد معنى النظام العام وحصره، وقد قام خلاف بشأن العديد من القواعد لجهة اعتبارها متصلة بالنظام العام أو لا، فيبدوا مفهوم النظام العام متأثرا بالتطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمع الواحد[2].

لهذا اختلف الشرّاح في تعريف هذه الفكرة اختلافا كثيرا ومتباينا، وعلى العموم يمكن القول بأن: النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، بحيث توضع له قواعد ونظم وهذا لتأمين سير المصالح العامة في الدولة، وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها[3].

---

[1]– مدونة الأسرة 2004م.

[2]– موسوعة العقود المدنية والتجارية، إلياس نصيف، بدون رقم الطبعة ودار النشر، 1997 ، (51/07).

[3]– النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، بلحاج العربي، الطبعة الثالثة، 2004، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عنكون، الجزائر، ص149.

لما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة إلى دولة ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعا لذلك فكرة متغيرة أو نسبية ومتطورة، والفصل فيها مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، فالقاضي يكاد يكون مشرّعا في هذا النطاق، فلا يعول على آرائه بل يعول على مصالح الجماعة[1]، لأن معيار النظام العام هو المصلحة العامة التي تتعلّق بنظام المجتمع الأعلى[2].

الفرع الثاني: حقيقية الشرط المخالف للنظام العام[3]

الشرط المخالف للنظام العام هو الشرط الذي قصد به الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص أو بالاحتيال عليها.

الفرع الثالث: حكمه

الشرط المخالف للنظام العام يختلف حكمه باختلاف نوعي الشرط، فإن كان الشرط المخالف للنظام العام واقفا كان باطلا مبطلا للعقد سواء أكان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد أم لم يكن إلا شرطا واقفا بسيطا، وإن كان الشرط المخالف للنظام العام فاسخا، كان باطلا، غير مبطل للالتزام إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، فإنه حينئذ يكون مبطلا له[4].

وقد نصّت على هذا معظم القوانين العربية، ومنها القانون المدني الجزائري، بحيث جاء في

---

[1]– النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، بلحاج العربي، ص150، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، خليل أحمد حسن قدادة، (80/01) .

[2]– مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، (82/03).

[3]– نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن علي الشاذلي، ص28.

[4]– المرجع السابق، ص29،30.

المادة 204 منه:"لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام"[1].

وعلى هذا فيعتبر قيد النظام العام أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وذلك أنّ كثيرا من روابط الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم، ومن ذلك علاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجباته، كل هذا يعتبر من النظام العام، إذا لم تكن حقوقا مالية محضة، كالحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية،أو تعديل ما للزوجة على زوجها من النفقة والرعاية[2].

ومن هذا فلا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة قواعد النظام العام، حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية، وليس هذا إلا لتغليب المصالح العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة[3].

وقانون الأسرة الجزائري وفي مادته 19 المعدلة، قد أبقى على بطلان أي شرط يتعارض مع هذا القانون وهذا لكون المسألة متعلقة بالنظام العام[4].

---

[1]– الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2]– مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، (89،88/03).

[3]– نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان، ص96، 97.

[4]– صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، باديس ذيابي، بدون رقم الطبعة، 2007، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر، ص52.

وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1987/01/26 عن غرفة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الإلتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد بطلا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن أساس الدعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون[1].

وعليه حتى يكون الشرط مشروعا، يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام، لكن مشروعية الشرط ليست سمة من سماته باعتباره وصفا ولكنها من مستلزمات الشرط كعبء، لأن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حدّ ذاتها، وإنما ترتبط بالغاية المقصودة من تلك الواقعة، لأن العبرة في عدم مشروعية الشرط هي ليس بعدم مشروعية الواقعة التي علّق عليها، بل العبرة بالغرض الذي يرمي العاقدان الوصول إليه من الواقعة[2].

المطلب الثاني: عدم مخالفة الآداب العامة

لبيان حقيقة هذا الضابط أو القيد الوارد على حرية الزوجين عند الاشتراط، يلزمنا أن نوضح معنى الآداب العامة ثم مدلول الشرط المخالف للآداب وفي الأخير نبيّن حكم الشرط المخالف للآداب العامة.

[1]– المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ملف رقم: 44571، ص49.

[2]– الواقعة الشرطية، دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الأردني، ياسين محمد الجبوري، مجلة الشريعة والقانون، العدد الحادي والعشرون، ربيع الآخر 1425هـ يونيو 2004م، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الأردنية، ص293،294.

الفرع الأول: مفهوم الآداب العامة

ما يقال عن النظام العام يقال أيضا عن الآداب العامة من حيث عدم الضبط والوضـــوح وارتباطهما بقواعد الأخلاق التي لا يتضمنها نص قانوني خاص، لأنه لم تحدد القوانين المختلفة مفهوما محدّدا للآداب العامة[1].

لكن هذا لم يمنع فقهاء القانون من إعطاء تعريف ومفهوم للآداب العامـــة، فالمقصـــود بالآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين، فهي مجموعة المبادئ الخلقية التي يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع، وتدخل من ثم في فكـــرة النظام العام، وتعتبر الشق الخلقي منه ومن ثم فكرة الآداب التي ربطها المشرع الجزائري بالنظام العام في المادة 93 من القانون المدني[2] هي لازمة للمحافظة على أخلاقيات المجتمع من الانحلال، بحيث يفترض على الجميع احترامها وعدم المساس بها، والقاضي ملزم بمراعاتها عندما لا تسعفه النصوص الموضوعة على أساس الرأي العام في المجتمع[3].

ومصدرها هو الدين وما ينشأ في ظله من عادات وتقاليد[4] لأنه وبما أن المشرع الجزائـــري لم يعرف الآداب فإن القاضي هو الحارس الأمين على كيان المجتمع، ومن ثمّ يجب عليه حمايـــة الأسس الخلقية للجماعة والمبادئ الأدبية التي تسود في العلاقات الاجتماعية، ولعل قواعد الفقه الإسلامي هنا تلعب دورا جوهريا في تحديد مفهوم الآداب العامة في الجزائر باعتبار أن الإسلام

---

[1]– موسوعة العقود المدنية والتجارية، إلياس نصيف، (52/07).

[2]– المادة 93 قانون مدني، عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005:" إذا كان محـــل الالتـــزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلق".

[3]– النظرية العامة للالتزام، بلحاج العربي، (153/01).

[4]– نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن على الشاذلي، ص32.

هو دين الدولة[1].

الفرع الثاني: مفهوم الشرط المخالف للآداب العامة[2]

الشرط المخالف للآداب العامة هو الشرط الذي يكون غرض مشترطه الوصول إلى أمر لا يمنعه القانون وتمنعه الآداب.

الفرع الثالث: حكم الشرط المخالف للآداب العامة

الشرط المخالف للآداب العامة حكمه حكم الشرط المخالف للنظام العام، أي أنه يكون باطلا مبطلا للالتزام إذا كان الشرط واقفا ويكون باطلا غير مبطل للالتزام إذا كان فاسخا، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد، فإنه حينئذ يكون مبطلا للالتزام[3].

ومن هذا يتضح بأن فكرتا النظام العام والآداب العامة هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل البيئة، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من الآداب[4].

وبمقارنة هاتين الفكرتين في القانون الوضعي، باعتبارهما أهم القيود الواردة على حرية الزوجين في الاشتراط، وما يقابلهما في الشريعة الإسلامية، ونقصد بذلك عدم مخالفة الشروط للنص أو الدليل الشرعي، يظهر لنا جليا الفرق بينهما، وهذا في كون الشريعة

---

[1]- النظرية العامة للالتزام، بلحاج العربي، (154/01).

[2]- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن على الشاذلي، ص33.

[3]- المرجع السابق، ص33.

[4]- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، (82/03).

الإسلامية نظامها صالح لكل زمان ومكان بخلاف فكرتا النظام العام والآداب تتغير، فمعيار النظام الذي هو المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، ومعيار الآداب هو الناموس الأدنى، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة وفي جيل معين، لأنهما فكرتان نسبيتان، بحيث تختلفان باختلاف الزمان والمكان[1].

المطلب الثالث: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

يعتبر هذا الضابط القيد الوحيد الذي نص عليه قانون الأسرة الجزائري حسب نص المادة 19 منه، والتي يبدو نصها من خلال صياغته ومضمونه أنه نص مرتبك وغير مترابط، فقد تضمنت هذه المادة أحكاما غير محددة وعامة جدا، بل وفي منتهى الشمولية وذلك نظرا إلى أنّ الجزء الأول منها ورد في صفة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما، وأنّ الجزء الثاني شرطا يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الأول[2].

كما يلاحظ على هذه المادة أيضا بأن المشرع الجزائري قد سوى بين الرجل والمرأة في وضع الشروط، إذ جاءت الصياغة في المادة 19 على صيغة المثنى، فقد و ضعت الرجل و المرأة على قدم المساواة في مجال الاشتراط طبقا لمبادئ القانون الوضعي[3] فلم يجعل حق الاشتراط مقصورا على أحد طرفي العلاقة الزوجية، بل هو حق يتمتع به كل من الزوج و الزوجة على

---

[1]– مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، (82/03).

[2]– الشروط الجعلية في العقود الزواج، نوارة درّي، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص146.

[3]– المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، لوعيل محمد لمين، بدون رقم الطبعة، 2004، دار هومه، الجزائر، ص59،60.

حد السواء، وفي هذا تبن لمفهوم العدالة بين الجنسين[1] فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر أجاز و بصريح العبارة للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريالها ضرورية، ما لم تكن مخالفة للقانون وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها، و أن لا يمنعها من العمل[2] فقد ذكر هذين النوعين من الشروط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط الضرورية و العبارة الأخيرة "كل الشروط الضرورية" لا يمكن حصرها في تعدد الزوجات أو عمل المرأة[3].

ويبدو أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي ومرد كل علاقة زوجية فاشلة[4] فكأن التعديل الأخير الذي أقر للزوجين إمكانية أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق لعقد الزواج ما يريانه ضروريا من الشروط، يهدف إلى تمكين الزوجين من حل المشاكل التي قد تقع بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة، أو تعدد الزوجات ومن ثم تعين حسم المسألة تشريعيا رفعا للحرج على القاضي

---

[1]– ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رباحي أحمد ، ص34.

[2]– الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429هـ ،1430هـ، 2008م،2009م، ص453.

[3]– صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، باديس ذيابي، ص52.

[4]– المرجع السابق، ص52، والصحيح غير هذا إذ أن الوعي والنضج الفكري والتربية الصحيحة لدى الزوجين، كل ذلك كفيل بحل مشاكل العلاقة الزوجية، أنظر: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص453.

والمتقاضي[1] ونظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب حصرها نص المشرع من باب التمثيل فقط وترك المجال للعرف والعادة[2] لكن السؤال الذي يجب طرحه هو ما هي المعايير الشكلية والموضوعية التي تحكم هذه الشروط؟

بالنسبة إلى المعايير الشكلية فأنها تتعلق بمدى أهلية الموثق أو ضابط الحالة المدنية في الحكم على صحة هذه الشروط، وعدم معارضتها لقانون الأسرة الجزائري حسب نص المادة 19 منه، وكذا عدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة، لكن وفي ظل صعوبة ذلك لأسباب قد تتعلق بالتكوين العلمي أو لعدم التعامل مع مثل هذه القضايا فيجب تسجيل بعض هذه الشروط المقبولة من الناحية القانونية والشرعية، وبالتالي نحصر دور هذا الموظف، وإذا ما أُمْلِيَتْ عليه شروط أخرى غير معروفة لديه أمكن رفع الأمر إلى قاضي المحكمة الابتدائية على أن تتم بإجراءات قانونية سهلة وغير طويلة[3].

أما المعايير الموضوعية التي تحكم هذه الشروط هي أنه لا تتعارض مع أحكام هذا القانون التي نص عليها.

لأن المشرع الجزائري حصر هذا الشروط بهذا القيد فقط، لكن ما هي الشروط التي تتنافى مع هذا القانون؟ وما هي القواعد و الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة[4]؟

1– الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجديد وعرض أسبابه المذكورة فيه، بن داود عبد القادر، جريدة صوت الأحرار، العدد 2018، الصادرة بتاريخ الأحد: 17 أكتوبر 2004، ص10.

2– شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، بن شويخ الرشيد، الطبعة الأولى 1429هـ،2008م، دار الخلدونية، الجزائر، ص128.

3– قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط، سليمان ولد خسال، مجلة المعيار، جامعة الأمر عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد التاسع، 2004م، ص35.

4– الشروط الجعلية في عقود الزواج، نوارة درّي، ص146.

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تكتنفها بعض الصعوبات، إلا أننا سنحاول استقراء الأحكام التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، وحسب نص المادة 32 من قانون الأسرة والتي نصت: "يبطل الزواج،إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[1] فالمقصود بالأحكام هي الآثار المترتبة على عقد الزواج التي تعتبر من مقتضى العقد، وعليه أهم القواعد الأساسية و الأحكام التي تضمنها هذا القانون تتمثل فيما يلي:

أصبح الصداق في التعديل الجديد شرطا من شروط الزواج وهذا من خلال المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 و التي نصت:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الوالي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية "[2].

وعليه فإذا تخلف هذا الشرط فإن الزواج يفسخ قبل الدخول ولا يترتب عنه أي أثر أما بعد الدخول فيثبت ولكن بمهر المثل، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من الأمر 05-02 [3]. فاتفاق العاقدين على إسقاط المهر يعتبر شرطاً منافياً لأحكام وقواعد هذا القانون.

---

[1]- عدلت بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84-11، المؤرخ في: 09 يونيو 1984، كما يلي:" يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".

[2]- أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

[3]- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد خسال، طبعة الأولى، 1432هـ،2010م، دار طليطلة، الجزائر، ص67،68.

حقوق وواجبات الزوجين، وقد نصت على هذا المادة 36 من قانون الأسرة، بحيث نص المشرع الجزائري في التعديل الأخير على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين والتي من شأنها أن تؤدي إلى استقرار الأسرة وتمسكها.

ثبوت نسب الأبناء وهذا ما نصت عليه المادة 41 من هذا القانون.

استحقاق الزوجة النفقة بعد الدخول بها أو دعوتها إليه ببيّنة وهذا حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري.

التوارث بين الزوجين، بنص المادة 126 من هذا القانون.

وبعد هذا فالشروط التي يشترطها أحد الزوجين ويتضمنها عقد الزواج، لكي نعرف إذا كانت سليمة ومعتبرة أو شروطها فاسدة ولاغية، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة لقانون الأسرة أم ليست كذلك[1].

وعلى كل فالمادة 19 موجودة منذ 1984 كانت تشكل سبقا كبيرا للتشريع الجزائري في عقود الزواج بأن جعلت للزوجين حق الاشتراط ما لم تكن هذه الشروط باطلة ولا ماسة بالنظام العام وسند ذلك، العقد شريعة المتعاقدين و المسلمون عند شروطهم، لكن بقيت هذه المادة معطلة عمليا منذ 1984 لجهل الأزواج بحقوقهم، فجاءت المادة 19 معدلة عامة في الشروط ومخصصة لعمومها لتحديد أن للزوجة أن تشترط على زوجها حين إبرام العقد أو بعقد لاحق، وكان الرأي منعقداً على تخصيص جملة من الشروط على سبيل المثال لا الحصر[2].

---

[1]- الشروط الجعلية في عقود الزواج، نوارة درّي، ص149.

[2]– الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجديد وعرض أسبابه المذكورة فيه، بن داود عبد القادر، ص10.

فالمشرع الجزائري قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا مقيدا هذه الحرية بقيد عدم منافاة هذه الشروط لأحكام هذا القانون.

وبهذا يكون قد توسع في مسألة الاشتراط و لم يتقيّد بما ذكره فقهاء المالكية، بل هو في هذا التوسع أقرب إلى مذهب الحنابلة القائلين بلزوم الشروط التي لم ينه الشارع عنها ولا تناقض مقصود العقد أو مقتضاه، وهذا الاختيار في محله لأنه يتماشى مع طبيعة العقود، ويحقق مصلحة المتعاقدين، ويدرأ التنازع والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية حول بعض المسائل كمسألة التعدّد ومسألة عمل المرأة وتحمل أعباء البيت وتربية الأولاد وأجرة المرأة وغيرها من القضايا الحادثة في المجتمعات المعاصرة التي يكون الاشتراط فيها مغنيا عن التقييد الذي انتهجه المشرع في مسألة التعدد[1].

فعند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في مسألة ضوابط الاشتراط في عقد الزواج نجد أن الفقه الإسلامي قيد الاشتراط بعدم منافاته للنظام الشرعي، والذي يقابله النظام العام في الاصطلاح القانوني أي هو الأحكام التي قامت دلائل الشريعة على أنها إرادة الشارع في هذه الصلة الزوجية ومبانيها، كأن يقوم الزواج على أداء مهر قلّ أو كثر، وعلى أن الرجل هو صاحب السيادة في الحياة الزوجية والمكلف بنفقة الزوجة والأولاد[2].

وهذا لأن الروابط الأسرية والعلاقات الاجتماعية تقوم على تحقيق المصلحة العامة وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم، ما دام هذه العلاقة أي علاقة

[1]– أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، عبد القادر داودي، ص153،154.

[2]– مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحّد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، تم وضعه على يد لجنة خاصة مع مذكرته الإيضاحية مابين 1959م، 1961م، الطبعة الأولى، 1416هـ،1996م، دار القلم، دمشق، ص119.

الشخص بأسرته ينتج عنها حقوق وواجبات، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية، أو تعديل ما للزوجة على زوجها من النفقة والمعاشرة بالمعروف، ذلك أن أحكام الأسرة تحكمها قواعد شرعية مرعية في الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة التي طريقها الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية[1].

[1]- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير ، ص279.

الفصل الثاني:

أثر الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد.

المطلب الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد.

المطلب الثالث: الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها.

المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون.

المطلب الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية.

المطلب الثاني: مصير عقد النكاح في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو نقض بعض الشروط.

المبحث الثالث: تطبيقات لبعض الشروط.

المطلب الأول: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين.

المطلب الثاني: اشتراط عدم تعدد الزوجات.

المطلب الثالث: اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل خارج البيت.

تمهيد:إن المتأمل في التشريع الإسلامي يجد أنه قد اهتم بسائر العقود عامة، فوضع لها الضوابط والمعايير التي تضبطها، ولكن هناك عقود اهتم بها التشريع الإسلامي اهتماما خاصا، لما لها من أهمية وخصوصية، ومن هذه العقود، عقد الزواج لأن هدف هذه العقود هو تحقيق مصالح المكلفين، ولذا جعلها الشرع تجمع بين الثبات والتطور، لتساير مصالح الناس في كل وقت، فيجوز للعاقدين أو لأحدهما أن يضيف للعقد ما يراه محققا مصلحة لهما أو لأحدهما وهذا عن طريق الاشتراط، وقد فصل الفقهاء وبيّنوا أقسام وأحكام هذه الشروط مع تباين بينهم في بعض أنواعها وفي وضع الحدود والقواعد التي بها يعرف صحة الشرط مع فساده، وبهذا يختلف أثر هذه الشروط على عقد الزواج إيجابا أو سلبا، وهذا يعني أن هذه الشروط ليست على درجة واحدة إذ منها الصحيح باتفاق الفقهاء ومنها المتفق على فسادها ومنها ما ورد نص صريح بالنهي عنها ومنها ما هو مختلف فيه، وعلى هذا يختلف أثرها على عقد النكاح فهل يا ترى تصح تلك الشروط ويصح معها العقد ؟ أم تبطل ويصح العقد ؟ أم أن هذه الشروط تؤثر على العقد بالبطلان ؟ أم أنها لا أثر لها على العقد ؟ أو بصفة عامة ما هي آثار مثل هذه الشروط على العقد نفسه ؟ وهذا الذي سوف نتناوله في هذا الفصل.

المبحث الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

يعتبر مبحث أثر الاشتراط نتيجة لما سبق وأن ذكرناه سواء بالنسبة لدور سلطان الإرادة وعلاقته بالاشتراط أم بالنسبة لضوابط الاشتراط، فقد تلعب الشروط دورا مهما في التأثير على العقد من حيث الصحة والفساد، وحتى من حيث وجوب الوفاء بها وهـذا بإعطـاء الحـق للمشترط فسخ عقد النكاح عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء العقد، ما لم تخـالف النظام الشرعي ومقاصده، وهذا على من يقول بوجوب الوفاء يرى أحقية الفسخ للمشـترط، ولبيان أثر هذه الشروط يلزم منا ذكر أنواع هذه الشروط بالتفصيل والبيان، وما مدى أثر كل نوع على عقد النكاح وذلك بذكر أقوال الفقهاء بالشرح والتحليل، وهـذا مـا نتناولـه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد

وهذه الشروط صحيحة غير مكروهة، لأنها تتفق مـع مقتضـى العقـد، وقـد سمّاهـا المالكيـة بالجائزة وهذا كحسن العشرة وإجراء النفقة أو المبيت، فهذا اشـتراطه وعدمـه سيان، أي لا يوقع في العقد خللا ويحكم به ذُكر أو تُرك[1]، و هذا النوع كما قال الشاطبي رحمه

[1]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي، خرج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شـاهين، الطبعـة الأولى،1417هـ، 1996 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (42/03)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي، إشراف: مكتب البحوث والدراسات، 1428 هـ، 1429 هـ، 2008 م، دار الفكر، بيروت ،لبنان، (14/02)، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني،بن حبيب الماوردي، تحقيق وتعليـق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، قدم له وقرضه: محمد بكر إسماعيل، عبد الفتاح أبو سـنة، الطبعـة الأولى، 1414هـ، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (505/09).

الله مُكَمِّلاً لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال [1]، لذا اتفق الفقهاء على صحة هذا النوع من الشروط والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط.

المطلب الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد

هذا النوع من الشروط غير صحيحة باتفاق الفقهاء، فهي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر بها العرف، فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط ولا مُكَمِّلٌ لحكمته بل هو على الضد من الأول [2] ومثّل الفقهاء لهذا النوع من الشروط كأن يشترط الزوج لا مهر للزوجة أو أن لا ينفق عليها أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أكثر من صاحبتها، فالاتفاق حاصل بين الفقهاء في عدم مشروعية وصحة هذه الشروط، لكنهم اختلفوا في ما مدى تأثيرها على عقد الزواج.

الحنفية: ذهب الحنفية إلى القول بتغليب قوة العقد على فساد الشرط وبذلك يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، وإنما يبطل الشرط فقط[3].

المالكية: إن مثل هذه الشروط إذا شرطت يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط[4]، بحيث الشرط كالعدم، حيث جاء في حاشية الدسوقي " وألغي الشرط

---

[1] – الموافقات، الشاطبي ، (197/01).

[2] – المصدر السابق، (198/01).

[3] – المبسوط، السرخسي، بدون رقم الطبعة وسنة الطبع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (95/05)، البناية في الشرح الهداية، أحمد العيني، الطبعة الثانية، 1411 هـ، 1990 م، دار الفكر، بيروت، لبنان، (567/04).

[4] – وافسخ وجوبا قبل أن يدخل ما بفاسد الشرط كأن لا يقسما أو لا تجي

ومعناه: و"افسخ" أيها الحاكم، "وجوبا قبل أن يدخل" الزوج بزوجته "ما" أي نكاح "بفاسد الشرط" أي فيه شرط فاسد كشرط أن "لا يقسما" لها في المبيت مع زوجته السابقة عليها "أولا تجي"، أي لا تأتيه الزوجة بليلها، أي بالليل، أو تأتيه بالنهار.

قال في أسهل المسالك عطفا على ما يفسد به النكاح قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط: =

المناقض بعد الدخول في جميع ما مر"[1]، ولأن مثل هذه الشروط يؤدي إلى وقـــوع الخلـــل في العقد، وتفريق المالكية بين حالتي قبل الدخول وبعده ميزة تفرّد بها المذهب المالكي عن بـــاقي المذاهب الفقهية الأخرى وهذا عملا بقاعدة " مراعاة الخلاف "[2]، لأنه ما دام يفسخ وجوبـــا قبل الدخول فالأصل في النكاح أنه فاسد، لكن أثبتوه بعد الدخول وقالوا بصحته وهذا مراعاة لخلاف من قال بصحته من أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والحنابلة.

الشافعية: هذا النوع من الشروط هو من القسم الثاني بالنسبة للشـــروط الـــتي تخـــالف مقتضى العقد أو مقصوده عندهم، ويسمى هذا القسم من الشروط ما يخل بمقصـــود النكـــاح الأصلي، وهذا كشرط أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، فالنكاح باطل، لأن هذا الشرط رفع مقصود العقد، لكن لهم تفصيل في بعض هذه الشروط بحيث يختلف حكمـــه بـــاختلاف

= أو يأت بالليل أو النهـــار والوجه والتركيب في الشغـــار

ففسخ ذا قبل دخوله فقط وبعده فأثبته وأسقط ما شرط

انظر: إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، محمد بالي بلعالم، الطبعة الأولى، 1428 هـــ، 2007 م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان،(19/03).

[1] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي، (41/03).

[2] – عرفها ابن عرفة بأنها إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل أخر، أنظر: شرح حدود ابن عرفة، الرصّاع، الطبعة الأولى، 1430 هـــ، 2009م، دار القدس، القاهرة، ص226.

وأما الشاطبي فقال: الظاهر في مراعاة الخلاف أنها اعتبار الخلاف، أنظر: الموافقات، (90/04)، فهناك من اعتبر مراعاة الخلاف أصلا من أصول مذهب الإمام مالك، لكن بشرط لابد منه وهو أن يكون دليله قويا، فإذا كان مالك لم يراعه في بعض الأحوال فذلك لعدم قوة دليله لا لاختلاف قوله في هذا الأصل ولها معنى خاص عند المالكية كما صوره الإمام الشاطبي فهي عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد الوقوع لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظرا جديدا، يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان مرجوحا في أصل نظره، إلا أنه لما وقع الأمر على وفقه روعي جانب آثار الفعل وما يترتب عليه، فتجدد الاجتهاد بنظر جديد وأدلة أخرى، انظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، محمد الأمين بن الشيخ، الطبعة الأولى،1423هـــ، 2002م، دار البحوث للدراسات الاسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص77 وما بعدها.

مشترطه وهو ما منع مقصود العقد في إحدى الجهتين دون الأخرى، ومن بين هذه الشـــروط: كأن يتزوجها على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها فتزوجته على أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنها قد منعته ما استحقه عليها من مقصود العقد وإن كان الشرط من جهته، فتزوجها على أن لا يطأها فالنكاح عندهم صحيح لأن الزوج شرط ترك ماله تركه، وقد عللوا هذا بأن الوطء حق له فله تركه، والتمكن حق عليها فليس لها تركه، كما لو شرط أن لا يقسم لها مع ضرتها، فإن كان الشرط من جهتها صح النكاح، لأن لها العفو عن القسم، وإن كان من جهته بطل النكاح و أيضا كما لو تزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط بأنه رفع بدل المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها فالنكاح جائز ولها النفقة وإن كان الشـــرط مـــن جهة الزوج، فهل يقدح في صحة النكاح أم لا ؟ على وجهين:

أحدهما: أنه قادح في صحة النكاح فيكون باطلا، **والثاني**: أنه غير قـــادح في صـــحة النكاح فيفسد الشرط، ويحكم لها بمهر المثل، وعلى كل فالنكاح عندهم يفسد بكل شرط يخل بمقصود البضع[1] وفي وجه بعيد عندهم أنه لا يفسد به، قاله الغزالي في الوسيط.[2]

الحنابلة: إن اشتراط الزوجين ما ينافي مقتضى العقد، وهذا كأن يشترط الـــزوج أن لا مهر لها وأن لا ينفق عليها أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل أو أكثر

---

[1] – الحاوي الكبير، الماوردي، (506/09 وما بعدها)، المجموع شرح المهذب للشرازي، بقلم: محمد نجيب المطيعي، بدون رقم وتاريخ الطبعة، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (957/17)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: زكريا عميرات، الطبعة الأولى، 1416 هـــ، 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (497/02)، روضة الطالبين، النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بدون رقم الطبعة، 1423 هـــ، 2003م، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، (589/05)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، دراسة وتحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود قدم له وقرظه: محمد بكر إسماعيل، الطبعة الأولى،1427هـــ،2006م،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (224/03،277).

[2] – الوسيط في المذهب، الغزالي، حققه وعلق عليه: محمد محمد تامر، الطبعة الأولى، 1417 هـــ،1997م، دار السلام، (229/05).

من قسم صاحبتها أو أن لا يقسم لها إلا في النهار أو في ليلة في الأسبوع لا يؤثر علـــى عقـــد النكاح، فهذه الشروط عند الحنابلة فاسدة في نفسها، غير مفسدة للعقد، فحكموا على هـــذه الشروط بالبطلان وعلى عقد النكاح بالصحة، لأن هذه الشروط تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأمـــا العقـــد في نفســـه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل، كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجـــاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق[1].

فقد نص عن الإمام أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عنـــدها في كـــل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منـــها فـــإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شاءت[2].

كما نُقِلَ أيضا عن الإمام أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد كمـــا في النهاريات والليليات، أنه ليس هذا من نكاح أهل الإسلام، ولعل كراهة من كره ذلك راجـــع

[1] – المغني ، موفق الدين ابن قدامة، بدون رقم الطبعة، 1403هــ، 1983م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (450/07)، كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، (89/04)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، البهوتي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، بدون رقم وسنة الطبع، مؤسسة الرسالة، ص526، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، الفتوحي، تحقيق عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، 1419 هــ، 1999م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (103،102/04)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبحل أحمد بن حنبل، المرداوي، صححه وحققه: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، 1375هــ، 1956م، بدون دار النشر، (165/08).

[2] – المغني لابن قدامة، (450/07).

إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صـــحة النكاح وإبطال الشرط[1].

وعلى كل فبعد ذكر أقوال الفقهاء في الشروط المناقضة لمقصود العقد و لم يرد الشـــرع بجوازها، واختلافهم في ما مدى تأثيرها على عقد النكاح، يجب التنبيه على أن هناك شروط قد ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، وهذا كأن تشترط الزوجة طلاق ضرتها[2] أو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار[3] وكأن يتزوج رجل مطلقـــة

---

[1] – المغني لابن قدامة، (451/07)، الكافي، ابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م، دار هجر، (288/04).

[2] – ورد نهي خاص عن هذا الشرط وهذا في حديث: عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال:"لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدر لها"رواه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، حديث رقم (5152)، (31/07) ، ذكر البخاري لهذا الحديث في باب الشروط التي لا تحل في النكاح إشارة منه إلى تخصيص حديث عقبة بن عامر في عموم الحث على الوفاء بالشرط بما يباح لا بما نهي عنه، لأن الشروط الفاسدة لا يحل الوفاء بها فلا يناسب الحث عليها، ونفي الحل في الحديث صريح في التحريم كما قال ابن بطال، ومعنى الحديث هو نهي المرأة الأجنبية أن تسأل رجلا طلاق زوجته وأن يتزوجها هي، فيصير لها من نفقته ومعونته ومعاشرته مكان للمطلقة، انظر: فتح الباري لابن حجر، (273/09،274)، نيل الأوطار للشوكاني، (160/06).

[3] – **نكاح الشغار**: اتفق الفقهاء على عدم جوازه لثبوت النهي عنه، عن ابن عمر رضي الله عنهما:"أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل إبنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق" رواه البخاري،كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم (5112) ، صحيح البخاري مع الفتح ، (203/09)، لكن اختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا ؟ فقال أبو حنيفة: نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل، وبه قال الليث، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، والطبري، وقال مالك لا يصح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده، وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إن سمي لإحداهما صداق أولهما معا، فالنكاح ثابت بمهر المثل، والمهر الذي سمياه فاسد، انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، (100/02).

ثلاثا بشرط إحلالها لزوجها الأول، وهو ما يسمى بنكاح المحلل[1] وكأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت[2].

فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى اشتمال بعضها على ما يناقض مقتضى عقد الزواج ومقاصده التي شرع لأجلها.

وخلاصة القول بالنسبة لتأثير الشرط الفاسد على عقد النكاح، فعند **الحنفية**: الشرط الفاسد لا يفسد العقد وإنما يلغى الشرط وحده، و يصح العقد، و **الحنابلة** يوافقون الحنفية فيما ذكر إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد وهي التي ورد نهي صريح من الشارع عن عدم اعتبارها كاشتراط التوقيت والتحليل ....الخ، أما **الشافعية**: فإن الشرط الفاسد يفسد العقد

---

[1] – **نكاح المحلل**: هو نكاح عقده الزوج الثاني قاصدا تحليل المطلقة المثلثة، انظر: شرح حدود، ابن عرفة، الرصّاع، ص213.

قال مالك فيه بأنه نكاح مفسوخ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح، وسبب اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : "لعن الله المحلل والمحلل له" فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه، قال النكاح فاسد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، (102/02)، وقال ابن قدامة بأن نكاح المحلل حرام باطل وهو قول عامة أهل العلم، انظر: المغني لابن قدامة، (574/07)، وقد قال ابن قيم بأن حديث النهي عن التحليل رُوِيَ عن أربعة من سادات الصحابة ﷺ "ابن مسعود، أبي هريرة، علي، عقبة بن عامر"، وقد شهدوا على رسول الله ﷺ بلعنه أصحاب التحليل وهم الْمُحَلِلْ والْمَحَلَل له، وهذا إما خبر عن الله فهو خبر صدق، وإما دعاء فهو دعاء مستجاب قطعا، وقال بعد هذا: لم يفرق أهل المدينة وأهل الحديث وفقهائهم بين اشتراط التحليل بالقول أو بالتواطؤ والقصد لأن الشرط المتواطئ عليه الذي دخل عليه المتعاقدان كالملفوظ عنهم، والألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة على المعاني، فلا عبرة بالألفاظ إذا ظهرت المقاصد لأنها وسائل، انظر: زاد المعاد لابن قيم ، (109/05).

[2] – **نكاح المتعة**: تواترت الأحاديث بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، ففي بعض الروايات أنه حرم يوم خيبر، وفي بعضها يوم فتح، وفي بعضها في غزوة تبوك، وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعض في عمرة القضاء، وفي بعض في عام أوطاس، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار عل تحريمه، انظر: بداية المجتهد، ابن رشد، (101/02).

إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي و إلا فسد الشرط وحده، لكن المالكية عندهم يجب فسخ العقد مادام الرجل لم يدخل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد و ألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل[1].

المطلب الثالث:الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها

هذا النوع من الشروط هو الذي لا تعلق له بالعقد، إذ أنها لا تتعارض مع الأحكام التي قررتها الشريعة و ورتبتها على النكاح، فاشتراطها فيه نفع لأحد الزوجين بحيث لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملائمة، وهو محل نظر، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملائمة ظاهرا؟[2]، فهي ماعدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير الصحيحة باتفاق الفقهاء كذلك، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها[3]، وهذا كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها[4]، أولا يخرجها من بلدها، أو إكمال دراستها أو تستمر في دراستها، أو يسكنها مسكنا مستقلا، أو يشترط الزوج على زوجته أن تقاسمه أجرة عملها، أو تعينه على أجرة البيت وهذا النوع هو الذي اختلف فيه الفقهاء، فهل تصح هذه الشروط و يجب الوفاء بها أم عكس ذلك؟ وهذا الذي سنتعرض اليه في الفروع الآتية:

---

[1] – الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (6547/09).

[2] – الموافقات، الشاطبي، (198/01، وما بعدها).

[3] – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص458.

[4] – يجب التنبيه هنا على أنه هناك فرق بين اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، واشتراطها تطليق الضرة بحيث أنه في اشتراط الزوجة طلاق الزوجة الأولى فيه الإضرار بها وكسر قلبها، وخراب بيتها، وشماتة أعدائها، ما ليس في اشتراط عدم نكاحها، ونكاح غيرها، وقد فرق النصّ بينهما، فقياس أحدهما على الآخر فاسد، انظر: زاد المعاد لابن قيم، (106/05).

الفرع الأول: انحلال[1]عقد النكاح بسبب عدم الوفاء بالشروط

إذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شروطا ليست من مقتضى العقد و لكن لا تنافيه ثم لم يوف له بها، فهل يحق له طلب التفريق لعدم الوفاء بها أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: الحنفية[2] و الشافعية[3] و الظاهرية[4]

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى القول بأنه لا يفرق بين الزوجين بسبب عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء عقد النكاح واعتبروا هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، وبطلانها هذا لا تأثير له في صحة العقد و عليه فلا يلزم الوفاء بها، لأن القاعدة عند الحنفية كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يكون مؤكدا لمقتضاه و مضمونه و لم يرد الشرع بجوازه ووجوب مراعاته أو جرى به العرف فهو فاسد ولاغيا، فلو اشترطت الزوجة عدم المسافرة أو عدم التزوج فهو فاسد، لأن

---

[1] – يراد من انحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد، وعليه فالانحلال لا يكون إلا بعد الانعقاد، وبهذا يظهر الفرق بين انحلال العقد وبطلانه، فإن البطلان هو الحالة التي كان للعقد فيها وجود حسي فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع، أي إن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله، كمولود يولد ميتا، أما الانحلال فينعقد العقد على وجه مشروع وينتج آثار بين طرفيه، إلا أنه بعد أن وجد يزول لأي سبب من أسباب الانحلال، والمبدأ العام في نتائج انحلال العقد سواء كان بالفسخ أو الانفساخ، أنه يوجب إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد ويستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل، انظر: المدخل الفقهي العام للرزقا، (595،593/01)، أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (37/01، 38).

[2] – البناية في شرح الهداية للعيني، (690/04 وما بعدها)، الاختيار لتعليل المختار الموصلي الحنفي، (140/03 وما بعدها).

[3] – الأم للشافعي، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، 1422هـ، 2001م، دار الوفاء، المنصورة، (187/06 وما بعدها)، المجموع شرح المهذب للمطيعي، (357/17).

[4] – وهم قد أبطلوا العقد والشرط جميعا، إلا إذا شرط بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل، قال ابن حزم:" فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة"، انظر: المحلى لابن حزم، (672/09).

فيه المنع عن الأمر المشروع، لكن لو تزوجها على ألف على أن لا يتزوج عليها، فإن وفّى فلها المسمى لأنه يصلح مهرا وقد تراضيا به، وإلا فمهر مثلها لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ذكر لها من المنفعة، فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض فكأنه ما سمى، والشافعية كذلك أبطلوا هذه الشروط وصححوا العقد لأنها شروط تخالف مقتضى العقد لكن لا تبطله لأنها لا تمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع[1] .

قال ابن المنذر: وأصح ذلك قول من أبطل الشرط وأثبت النكاح، لقوله ﷺ في قصة بريرة: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل و إن كان مائة شرط"، فلما أبطل رسول الله ﷺ من الشروط ما ليس في كتاب الله، كان من اشترط شروطا خلاف كتاب الله أولى أن تبطل[2].

فلو اشترطت الزوجة عدم الزواج فهو شرط فاسد ويصح العقد لأن فيه تحريم حلال وهو أن الله أباح للرجال أن ينكحوا أربعا، ولما كان للمرء إذا عقد نكاح امرأة أن ينقلها حيث يصلح أن تنقل إليه مثلها، ويسافر بها، كان اشتراطها عليه كارها غير أحكام المسلمين في أزواجهم،وذلك غير لازم للزوج[3].

---

[1] – حكى الترميذي عن الشافعي: إذا تزوج رجل امرأة، وشرط لها أن لا يخرجها من مصرها، فليس له أن يخرجها، انظر: سنن الترميذي، تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي،الطبعة الثانية، 1388 هـ، 1968 م، (425/03)، غير أن هذا لا يوجد في ما اطلعت عليه في مصادر الشافعية، قال الحافظ ابن حجر في الفتح والنقل في هذا عن الشافعي غريب، فتح الباري، ابن حجر، (272/09).

[2] – شرح صحيح البخاري لابن بطال، ضبط نصه وعلق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، بدون رقم وسنة الطبع، مكتبة الرشد، الرياض، (271/07).

[3] – المصدر السابق، (271/07)، الاستذكار لابن عبد البر، (149/16).

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

- حمل قوله ﷺ: " أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج"[1]، على التي هي من مقتضيات العقد كاشتراط المهر وإذا احتمل الحديث معان كان ما وافق ظاهر كتاب الله وسنن رسول الله أولى[2].

- قوله عليه الصلاة والسلام في صهره: "حدثني فصدقني ووعدني فوفى لي"[3].

قالوا: إنما استحق المدح لأنه وفى له متبرعا ومتطوعا لا فيما لزمه الوفاء به على سبيل الفرض[4].

وقد يقول قائل إن عدم ترتيب أي أثر على عدم الوفاء بالشروط هو مفوت للرضا، نقول له بأن عدم الرضا لا يؤثر على العقد عند الحنفية وهذا لتصحيحهم زواج الْمُكْرَه[5].

المذهب الثاني: المالكية[6]

الشروط التي لا تنافي العقد وليست من مقتضياته اعتبرها المالكية مكروهة والوفاء بها غير

---

[1] – سبق تخريجه في ص72

[2] – شرح صحيح البخاري لابن بطال، (271/07).

[3] – سبق تخريجه في ص75

[4] – شرح صحيح البخاري لابن بطال، (271/07).

[5] – أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلبي، الطبعة الرابعة، 1403هـ، 1983م، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ص174، نكاح الْمُكْرَه يقع عند الحنفية والقاعدة عندهم هي أنه كل ما صح فيه شرط الخيار، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما، وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر فيه الإكراه وهذا كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها، انظر: الاختيارللتعليل المختار للموصلي، (166/03).

[6] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي، (42/03)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، الطبعة الأولى، 1999م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (179/05)، القوانين الفقهية، ابن جزي، تحقيق: يحي مراد، الطبعة الأولى، 1430 هـ، 2009 م، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ص173.

لازم، بل مستحب، وقول المالكية بكراهة اشتراط مثل هذه الشروط لما فيه من التحجير عن الزوج[1].

قال ابن حبيب: وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرط وإن ذلك غير لازم للزوج[2].

ومثل هذه الشروط قد تكون أسبابا للخصومات بين الزوجين وعدم استقرار الحياة الزوجية، لكن لا يفسد العقد بسببها[3].

قال مالك رحمه الله: أشرت على قاضٍ من جهران أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وقد كان كتب بذلك كتابا وصيح به في الأسواق وعابها عيبا شديدا[4].

وقد سئل المواق: عن امرأة تزوجت على شرط أن يسكن بها زوجها مدينة بلش، وأن

1 – إلا أن المالكية يرون لزوم هذه الشروط إذا اقترنت أو قيدت بعتق أو طلاق أو تمليك أو يمين كأن يقول إن تزوجت عليها فهي طالق، فيلزمه إلا أن يطلق، قال مالك: "الأمر عندنا أنه إذا اشترط الرجل للمرأة وإن كان ذلك عند عقده النكاح أن لا أنكح عليك، ولا أتسرر إن ذلك ليس بشيء، إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق، أو عتاق، فيجب ذلك عليه ويلزمه"، انظر: الموطأ، مالك ابن أنس، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من الشرط في النكاح، حديث رقم (1515) ،رواية يحي بن يحي الليثي الأندلسي، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: بشار عواد معروف، الطبعة الثانية، 1417هـ،1997م، دار الغرب الإسلامي، (36/02).

2 – المنتقى شرح موطأ مالك، الباجي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (67/05).

3 – الذخيرة، القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، الطبعة الأولى، 1994م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (405/04)، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الغرياني،الطبعة الأولى، 1429هـ، 2008م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، (501/02).

4 – المدونة الكبرى، مالك ابن أنس، بدون رقم الطبعة، 1425 هـ، 1426 هـ، 2005م، دار الفكر، بيروت لبنان، (1250/03).

هذا الرجل تقام معيشته بصياظن أكثر منها ببلش فأجاب: لهذا الرجل أن ينتقل بزوجته حيث تتهيأ له معيشته ولا مقال لزوجته إذا كان غير شديد[1].

وقد جاءت رواية أخرى عن المالكية وهي لزوم هذه الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية، وقد روى ابن المواز عن ابن شهاب أنه كان يوجب عليه ما التزم من الشروط في النكاح، و إن لم تكن معلقة بيمين، وقال: كان من أدركت يقضون به[2].

وقد حكى ابن تيمية عن مالك: فيمن تزوج امرأة وشرط أنه إذا تزوج عليها أو تسرّى أن يكون أمرها بيدها ونحو ذلك، أن هذا الشرط صحيح ولازم وتملك الزوجة الفرقة به[3] لكن لم أجد هذا في كتب المالكية بل الذي جاء في المدونة هو: " قلت: أرأيت إن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرر، أيفسخ هذا النكاح وفيه هذا الشرط إن أدرك قبل البناء في قول مالك ؟ قال: قال مالك: النكاح جائز والشرط باطل[4]، لكن تبقى الرواية الأولى هي الرواية المشهورة عن المالكية.

وقد استدل المالكية بما يلي:

قوله ﷺ: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"[5] أحق هنا بمعنى :

---

[1] – المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي، الطبعة الأولى، 1401هـ، 1981م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، (236/03).

[2] – النوادر والزيادات، أبي زيد القيرواني، (180/05).

[3] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (164/32).

[4] – المدونة الكبرى، مالك بن أنس، (929/02).

[5] – سبق تخريجه ص72

أولى لا بمعنى الإلزام[1] وقد حملوا الحث على الوفاء على الندب، وهذا جمعا بين هذا الحديث وبين قوله ﷺ: " كل شرط ليس في كتاب فهو باطل"[2] فجمعا بين هذه النصوص، قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب، وإن كان يكره اشتراطها ابتداء.

وقد قوّى ابن حجر حمل هذا الحديث على الندب بحديث عائشة في قصة بريرة[3]".

حدثني يحي عن مالك، أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أنه لا يخرج بها من بلدها، فقال سعيد بن المسيب: يخرج بها إن شاء"[4].

نقل الزرقاني عن ابن عبد البر أنه: جاء هذا البلاغ متصلا، رواه أبو بكر بن أبي شيبة عن ابن المبارك عن الحارث بن عبد الرحمن عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب به، وجاء عن جماعة من السلف أعلاهم على بن أبي طالب، ويؤيده حديث عقبة بن عامر الذي حمله مالك و موافقيه على الندب جمعا بين الأدلة[5].

فهذه الشروط مكروهة إبتداء، لكن إذا ذكرت في العقد يستحب الوفاء بها ولا تكون لازمة إلا إذا إقترنت بعتق أو طلاق.

---

[1] – شرح صحيح المسلم، القاضي عياض، تحقيق: يحي إسماعيل، الطبعة الأولى،1419هـ، 1998م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، (526/04).

[2] – الفتح الباري، ابن حجر، المصدر السابق، (273/09).

[3] – الفتح الباري، ابن حجر، المصدر السابق، (273/09).

[4] – رواه مالك في موطأ، كتاب النكاح، باب مالا يجوز من الشرط في النكاح، رقم (1514)، (35/02، 36).

[5] – شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الزرقاني،تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون تاريخ ورقم الطبعة، دار البصائر، الجزائر، (180/03).

المذهب الثالث: الحنابلة

اعتبر الحنابلة هذه الشروط صحيحة لازمة، وليس للزوج التخلص منها فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت، ولا يسقط حقها في الفسخ بمضي مدة معينة، وقد روى هذا عن عمر بن الخطاب ﷺ وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص ﷺ و به قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق بن راهويه[1]، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن قيم[2].

فلو اشترطت الزوجة زيادة في النفقة الواجبة، فقياس المذهب وجوب الزيادة لأنها اشترطت عليه شرطا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة، فيلزم الزوج الوفاء به[3]، ومن تزوج امرأة وشرط أن لا يخرجها من قريتها، ثم بدا له أن يخرجها، فليس له أن يخرجها، وقد ذكر الزركشي في شرح المحرر، فيما إذا شرطت دارها أو بلدها وَجْهًا، بأنه يجبر على المقام معها[4].

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

قوله ﷺ:" أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"[5]، ووجه الدلالة من الحديث أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط، وبابه أضيق والحديث دليل

---

1 – المغني ويليه الشرح الكبير، لابن قدامة، المصدر السابق، (448/07).

2 – مجموع الفتاوى، ابن تيمية ، المصدر السابق، (164/32)، زاد المعاد، لابن قيم، المصدر السابق،(106/05).

3 – الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، ابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: أحمد بن محمد بن حسن الخليل، بدون رقم وتاريخ الطبعة، دار العاصمة، ص316 .

4 – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، المصدر السابق، (158/08).

5 – سبق تخريجه ص72

على أن الشروط المذكورة في عقد النكاح يتعين الوفاء بها سواء كان الشرط عرضا أو مالا حيث كان الشرط للمرأة لأن استحلال البضع إنما يكون فيما يتعلق بها أو ترضاه لغيرها[1]، كما أوجب هذا الحديث الوفاء بكل شرط يذكر في عقد النكاح، بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به[2].

قوله ﷺ: " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرّم حلالا "[3] ومثل هذه الشروط لم تحل حراما، كما لم تحرم حلالا، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث، كما يمكن القول بأن هذه الشروط وقعت في مقابل استحلال فرج كان محرما.

صاحب الشرط في عقد النكاح لم يرض بالعقد إلا مشروطا بالوفاء، فإذا لم يتحقق الشرط فات الرضا وهو أمر لابدّ منه في حالتي الابتداء والبقاء، إذ لا خير في بقاء عقد فقد فيه الرضا[4]، وهناك قاعدة فقهية يذكرها الفقهاء وهي " الشرط أملك"[5]ومعنى أملك: أشد وأكثر ملكا فهو اسم تفضيل ومعناه: إن الشرط قيد المشترط وأوثقه لأنه اشترط على نفسه وقيدها، ومقيد نفسها طليق، ومفاد القاعدة أن من اشترط على نفسه شرطا فقد قيّد نفسه به، وعليه الوفاء بشرطه.

بعد عرض مذاهب الفقهاء في حكم الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، والأدلة التي استند إليها كل مذهب فيما ذهب إليه، يتبيّن أن المذهب القائل بصحة الشروط و لزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر.

---

[1] – سبل السلام للصنعاني، (163/03).

[2] – محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، دار الفكر، ص213.

[3] – سبق تخريجه ص65

[4] – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1997م، ص99.

[5] – نسبت هذه القاعدة لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لكن هي من قول شريح القاضي، نقلا من كتاب: موسوعة القواعد الفقهية ، محمد صدقي بن أحمد البورنو، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2000م، مكتبة التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، (93/02).

جعل الشروط الجائزة ملزمة هو الذي يحقق استقرار الأسرة ويحمي الحياة الزوجية من أسباب الشقاء الناجمة عن إهدار الزوج أو المرأة ما التزمه من شرط اتجاه الآخر، فيعتمد الاشتراط عند العقد ليستميل الطرف الآخر ويجره إلى التعاقد فإذا أبرم تملص من عهده وخدع صاحبه بحجة عدم لزومها، مع أن هذه الشريعة المباركة جاءت راعية لكل العهود والمواثيق حتى مع الأعداء، فكيف تستباح الزوجية بالمكر والخداع ونقض العهود، ويمنع نقض عهد عدو نخشى غدره ومكره وقد قال الله تعالى لنبيه ﷺ: ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ ﴿٥٨﴾ ﴾ **الأنفال: ٥٨**، فإذا كان هذا شأن العهد بين المسلم والكافر فكيف بالشرط الذي أخذه المسلم على نفسه قبل أخيه المسلم، بل قبل أقرب الناس إليه، والذي كان من الواجب أن تكون علاقتهما قائمة على المودة والرحمة، فكيف لنا أن نبيح فيها الخداع والغش عند أول ابتنائها بالقول بجواز الاشتراط ثم نكثها وعدم الوفاء بها، فالالتزام بالشروط المتفق عليها حماية أخرى للأسرة من أسباب الاندثار والتفكك، وقد قرر الفقهاء أن:" المسلمون على شروطهم"، "مقاطع الحقوق عند الشروط"، " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه"[1].

إلا أنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية على أساس المودة والعشرة بالمعروف[2].

وأما الشيخ أبو زهرة فيرى عدم لزوم الوفاء بمثل هذه الشروط إذ يقول في ذلك " أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط في الزواج خاضعة لمذهب أبي حنيفة بعد الدخول ولا تفسخ للشرط

[1] – مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، عبد القادر داودي، أطروحه دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السانيا، جامعة وهران، 2004م، 2005م، (166/01).

[2] – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص463.

بعد، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء، ولو أننا أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترحة بـــالزواج حتى بعد الدخول لا كانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية، ويتقارب الزواج الإسلامي من الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية اللاعبة في أوربا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها، و لأننا لو جعلنا بـــاب الشـــروط مفتوحا، والوفاء بها في كل الأحوال لازما، لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب"[1].

ولعل الرأي الحسن في ذلك ما ذهب إليه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بقولـــه:" أمـــا الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشترط، فالذي تدل عليه القواعد هـــو ضرورة الالتزام بهذه الشروط، ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام بـــه ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صَيَّرَهُ واجبا بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجـــوب الوفاء بالمواثيق والعهود، ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كـــل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سببا لثبوت حق الفسخ فيه، كما هو معروف، كما أنه ليس كل تقصير في الوفاء بالشروط المتفق عليها يكون سببا لحق الفسخ في مختلف العقـــود الأخرى"[2] .

[1] – محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص215، وقد ضرب مثال لتقوية رأيه وتدعيمه فقال:" إذ شرطت الزوجة على زوجها بأن لا ينقلها من بلدها، فإذا كانت مثلا في القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط، أو أسوان، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة في أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام، هي في الشمال وهو في الجنوب، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس، فأي زواج هذا وأي بيت يتكون من هذين العشيرين المتنائيين، وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين، ص215.

[2] – محاضرات في الفقه المقارن، محمد سعيد رمضان البوطي، الطبعة الثانية، 1422هـــ، 2001م، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص98.

وسبب الخلاف بين الفقهاء في هذا النوع من الشروط الذي قد تردد أمره بين موافقة الشـــرع ومخالفته، بأن يكون قد تجاذبته الأدلة المجوزة والمانعة، مما يقتضي ترجيح ما هو راجح بالدليل، يرجع إلى سببين:

أحدهما: هل الأصل في الاشتراط الحظر أم الإباحة [1]؟

السبب الثاني: معارضة العموم للخصوص: فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺخطب الناس، فقال في خطبته:" كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كـــان مائـــة شرط"[2] وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال:" أحق الشروط أن يـــوفى به ما استحللتم به الفروج"[3]. إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العمـــوم، وهو لزوم الشروط، وهو ظاهر ما وقع في "العتبية" وإن كان المشهور خلاف ذلك[4]، لكن على

---

[1] – لقد تقدم الكلام عن هذه المسألة في المبحث الأول من الفصل الأول في هذا البحث ص60 وما بعدها، ولعل خلافهم هذا أيضا مبني على مسألة أخرى: وهي حكم الأشياء قبل ورود الشرع، هل هو الإباحة أو الخطر؟ أي إذا لم يرد دليل على حكم مسألة أو شيء معين لا بالإباحة ولا المنع فهل يحكم عليه بالإباحة على أنها الأصل حتى يرد دليل التحريم، أم يحكم عليه بالحرمة، على أنها الأصل، حتى يرد دليل الإباحة أم يتوقف في الأمر ؟ وهذا خلاف بين الفقهاء:

القول الأول: الأصل في الأشياء الإباحة وهذا قول جمهور الفقهاء.

القول الثاني: الأصل في الأشياء الحظر وهذا قول بعض الفقهاء كابن حامد والقاضي من الحنابلة وبعض الحنفية وبعض المعتزلة.

القول الثالث: التوقف وهو قول لبعض الحنفية.

القول الرابع: التفصيل، الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، وفي الأشياء الضارة الخطر، انظر: القواعد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي: عبد القادر داودي، الطبعة الأولى، 1430هـــ، 2009م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص105 وما بعدها.

[2] – سبق تخريجه ص64.

[3] – سبق تخريجه ص72.

[4] – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، (103،102/02).

قول الحنابلة الذين يقولون بحق الزوجة في الفسخ عند عدم وفاء الزوج بالشروط المتفق عليها، ما نوع هذه الفرق التي تكون سبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح ؟

الفرع الثاني: نوع الفرقة بسبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح [1]

إذا تحققت شروط الفرقة بين الزوجين[2] بسبب عدم الوفاء بالشروط، فإن هذه الفرقة تكون فسخا لا يملك الزوج الرجعة فيه إلا برضى الزوجة، ولا ينقص من عدد الطلاق لأن الزوج لم يتلفظ بالطلاق.

علما بأن حق الزوجة في الفسخ هو على التراخي، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي، لأنها أدرى بمصلحتها وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ أو التأني و التأمل والتراخي فيه .

---

[1] – كشاف القناع، البهوتي، (83/04)، أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (167/01).

[2] – شروط الفرقة عند الحنابلة إجمالا:

ـ فعل ما شرط أن لا يفعله، فلا خيار في الفسخ إلا بعد الفعل، وليس بمجرد العزم فقط.

ـ أن لا يرضى المشترط من الآخر بفعل ما شرط أن لا يفعله، فإن رضي صراحة أو دلالة فلا فسخ مادام المشترط عالما بمخالفة المشروط.

ـ أن يبقى ما شرطه على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، فإن تغير عن الحالة التي كان عليها بطل الشرط، كأن شرطت سكنها في منزل فتعذر السكن به بخراب أو غيره، سكن بها حيث شاء، وسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل والسكن محض حقه.

ـ أن تكون مخالفة الشرط إلى ما هو أقل منه، فإن كانت المخالفة إلى ما هو أعلى مما شرط فلا خيار، كما لو شرطها على حرفة دنيئة فبانت أعلى.

ـ أن يكون التفريق بحكم الحاكم.

ـ المعتبر من الشروط هو ما كان في صلب العقد، واختلفوا فيما اتفقا عليها قبل العقد، انظر: كشاف القناع، البهوتي ، (83/04)، منتهى الإرادات،الفتوحي ، (97/04)، أسباب انحلال العقد غير المالية، أحمد اليوسف،(166/01).

لا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه، فإن بانت أي الزوجة المشترطة منه ثم تزوجها ثانية، لم تعد الشروط، لأن زوال العقد لما هو مرتبط به.

الفرع الثالث: طريق وقوع الفرقة بسبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح

إذا اشترط أحد الزوجين في عقد النكاح على الآخر شرطا صحيحا، فلم يف له بـــه، و أراد فسخ النكاح، فهل يجب عليه رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي، أم أنه يملك فسخ النكاح بإرادته دون حاجة إلى القاضي، ورفع دعوى الفسخ إليه؟

الظاهر لا بد من رفع الدعوى لسببين[1]:

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشـــروط في النكـــاح وفيما يجوز من الشروط إذا قلنا بجواز الاشتراط، وفي إيقاع التفريق عند عدم الوفاء، وحكـــم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه فيها ملزما لذوي الشأن.

الثاني:إن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يجـــوز أن تكـــون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر ثبوت عدم الوفـــاء وتصـــدر حكمهـــا بالتفريق، وإنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي وأن تقدم البينة الشرعية على عـــدم وفاء الزوج بالشرط حسب القاعدة الشرعية "البينة على المدعي" فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بالتفريق، أي بفسخ النكاح.

[1]– المفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، الطبعة الأولى، 1413هـــ، 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (116/09).

لا فسخ في خيار الشرط عند الحنابلة القائلين بالفسخ بسبب عدم الوفاء بالشروط إلا بحكم الحاكم، لأن التفريق لعدم الوفاء بالشرط أمر مختلف فيه[1].

لكن ذكر ابن تيمية رحمه الله أن في المسألة خلاف حيث قال:

"ومتى لم يوف لها بهذه الشروط فتزوج، وتسرى، فلها فسخ النكاح، لكن في توقف ذلك على الحاكم نزاع، لكونه خيارا مجتهدا فيه، كخيار العنة والعيوب، إذ فيه خلاف أو يقال: لا يحتاج إلى اجتهاد في ثبوته، وإن وقع نزاع في الفسخ به، كخيار المعتقة، يثبت في مواضع الخلاف عند القائلين به بلا حكم حاكم مثل أن يفسخ على التراخي، وأصل ذلك أن توقف الفسخ على الحكم هو الاجتهاد في ثبوت الحكم أيضا؟ أو أن الفرقة يحتاط لها؟ والأقوى أن الفسخ المختلف فيه كالعنة لا يفتقر إلى حكم حاكم، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إمضاءه أمضاه، وإن رأى إبطاله أبطله"[2].

---

[1] – كشّاف القناع، البهوتي، (89/04).

[2] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (165/32).

المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون

إنّ الجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري قد سلك طريق الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج، حيث أباح للزوجين في المادة 19 حرية الاشتراط ولاسيما شرطي عـــدم تعـــدد الزوجات وعمل المرأة، اللذان قد يكونا أساس كل خلاف عائلي في الوقت الراهن وقد تناول هذا في قسم عقد الزواج وإثباته، بينما في الفصل الثالث من هذا القانون الذي هـــو بعنـــوان النكاح الفاسد أو الباطل تطرق فيه إلى أثر الاشتراط على عقد النكاح، وفي مادتين فقط وهمـــا 32 و 35 بحيث اكتفى بطابع العموم والإجمال في معظم مواده بدل التفصيل والبيان الـــذي نجده في بعض التشريعات العربية كالقانون الإماراتي والقانون المغربي، وربما هذه النقطة تحسب على قانون الأسرة الجزائري مما يجعله عرضة للنقد، وعلى كل بالرغم من كل هذه النقائص إلا أننا سنحاول أن نتعرض إلى أثر هذا الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية.

المطلب الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأســرة الجزائــري وبعــض التشريعات العربية

لقد تعرض قانون الأسر ة الجزائري لهذه المسألة في النصوص التالية:

المادة 32:"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[1].

[1] – عدلت بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 كما يلي: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج ".

المادة 35:"إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"[1].

المادة 32 في الواقع ليست جديدة، وهي نفسها كانت موجودة، ولكن جرت إعادة صياغتها فقط، والملاحظ على نص هذه المادة 32 والمادة 35 هو[2]:

1- المشرع الجزائري اعتبر العقد المشتمل على الشرط المنافي لمقتضى العقد، مبطل للعقد، بحيث يؤثر هذا الشرط على عقد الزواج بالبطلان حسب نص المادة 32.

2- أخلط المشرع الجزائري في المادة 32 بين المانع من الزواج، والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي بطلانه، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد، والتي لا تؤثر على صحة العقد، وإنما يجب إلغائها، وبقاء العقد صحيحا، وهذا ما نصت عليه المادة 35 التي تؤكد على صحة العقد وبطلان الشرط، مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد.

و بالتالي يصبح الجمع بين النصين أو الحكمين متعذرا، إذ حكمنا مرة على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان وأدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكمنا عليه بالصحة وأبطلنا الشرط فقط، ولذا كان من الأنسب حذف عبارة " أو شرط يتنافي ومقتضيات العقد" وعدم إدراجها في المادة 32، و الاكتفاء بما ورد في المادة 19، من جواز الاشتراط وتقييده بما جاء في المادة 35، أو حذف عبارة "مقتضيات" في المادة 32، و إضافة هذه العبارة

---

1 - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2 – أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، داودي عبد القادر، ص153، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص129، الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجديد وعرض أسبابه المذكورة فيه، بن داود عبد القادر، ص10.

للمادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي:" إذا اقترن عقد الزواج بشـــرط ينـــافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا " ومثال ذلك كأن يشترط ألا مهر لهـــا أو لا ينفق عليها.

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.

باستقراء هذه النصوص نجد أغلبها متناقضة مع بعضها البعض، وبالتالي نجد أنفســـنا في حالة اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه بوضع يؤدي بنا إلى تناقض الاجتهاد القضائي لتنـــاقض نصوص القانون نفسه أمام وجود المادتين 32 المعدلة و 35.

لكن بعض شراح القانون منهم من يرى إلغاء المادة 32 كليّة وهذا لسببين: أولهمـــا لأن مضمونها موجود في أحكام المادة 35 فلا داعي لتكرارها تفاديا للتعارض بينـــهما، وثانيهمـــا فيما يتعلق بردة الزوج كسبب لفسخ الزواج، فليس المقصود بها ردة الزوج الذي هو الرجل بل المقصود بها ردة أحد الزوجين لأن اللفظ العربي مشترك، غير واضح لغير العالمين بلسان العرب، ولأن الردة ممنوعة شرعا على الجنسين وليست ممنوعة على الرجل فقط[1].

وأما القوانين العربية الأخرى فنصت على هذا الموضوع بصيغ متقاربة: فالقانون المغـــربي نص في المادة 47 " الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبره باطلا والعقد صحيحا "[2]، والقانون التونسي نصّ في الفصل 21 حيث اعتبر الزواج فاسدا إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد وقرر في الفصل 22 بطلان

---

[1] – الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجديد، بن داود عبد القادر، ص10.

[2] – مدونة الأسرة لسنة 2004.

الزواج وجوبا وبدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ماعدا الدخول إذا تم فتترتب آثار الزواج من استحقاق المهر والنسب والعدة بعد التفريق وحرمة المصاهرة[1]، أما القانون الإماراتي فكان أكثر القوانين تفصيلا عن باقي القوانين العربية الأخرى، بحيث جعل للمادة 20 المتضمنة الشروط المقترنة بعقد الزواج سبع فقرات، كل فقرة تعالج نوع من الشروط، فنص في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 20 على ما يلي[2]:

- إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.
- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أوكان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

ونص القانون السوري في المادة 01/14 على مايلي: " إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محضور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا"[3]، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 14 من القانون السوري على قسم لا يجوز الوفاء به لأنه باطل والعقد صحيح كما لو كان الشرط يخالف مقتضى العقد، أي نظامه العام كاشتراط الزوج عدم دفع المهر للزوجة مثلا فهذا شرط باطل والعقد صحيح لأن المهر من آثار العقد التي تترتب بمجرد انعقاده، وكذلك اشتراط الزوج على زوجته أن تنفق على نفسها، فهذا شرط باطل والعقد صحيح، لأن من مقتضى عقد الزواج إنفاق الزوج على زوجته، وكذلك

---

[1] – مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 المعدلة.

[2] – قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005.

[3] – قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

إذا كان الشرط ينافي مقاصد الشريعة في عقد الزواج كاشتراط أحد الزوجين على الآخر عدم الاستمتاع الزوجي أو عدم إنجاب الأولاد[1].

من خلال هذه النصوص القانونية يمكن القول بأن معظم التشريعات العربية جــاءت في صيغ متقاربة، وتصب في معنى واحد لكن بتفاوت فيما بينها من حيث التفصــيل والشــرح والبيان، عكس قانون الأسرة الجزائري الذي اقتصر فيه على مادتين متناقضــتين لبيــان أثــر الاشتراط على عقد النكاح، مما قد يربك القاضي في تطبيقه أو يفتح له المجال الواسع للســلطة التقديرية في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر مسائلها من النظام العام.

المطلب الثاني: مصير عقد النكاح في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها

الملاحظ أن نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري قد أغفل حالــة عــدم الوفــاء بالشروط التي يشترطها الزوجان فما مصير عقد الزواج؟ وكيف تكون المطالبة بالوفــاء بهــذه الشروط[2]؟

كما تحدثت المادة السالفة الذكر عن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو ما إذا أصبح الزواج مستهلكا والزوجية قائمة فعليا.

فالمسألة اختيارية في هذه المادة إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الــزواج أو في عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة 53 من قانون الأسرة في الفقرة التاسعة التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في العقد الرسمــي

---

[1] – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، عبد الرحمان الصابوني، الطبعة السابعة، 1996، منشورات جامعة دمشق، (326/01 وما بعدها).

[2] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص137.

اللاحق، فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟ أم أنه يعزف عن ذلك تطبيقا لمبدأ حرفية النص تقضي بالشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق[1]؟

هذا ومنعا للتلاعب والكذب في ادعاء شيء من هذه الشروط وإثباتها، فلا تأثير لشيء من هذه الشروط إلا إذا نص عليها في عقد الزواج، رعاية لاستقرار الأسرة، ومستند هذا القيد ما في مذهب الإمام أحمد أنه لا اعتبار لشيء من هذه الشروط إذا عقد العقد خاليا عن كل شرط، ثم شرط أحد الزوجين على الآخر بعد العقد شيئا من ذلك ورضي الآخر، بل يجب أن يعقد العقد من البداية على أساس الشرط المقصود وقد نصت على هذا المادة 67 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في الفقرة السادسة:"ولا تأثير لشيء من هذه الشروط إلا إذا نص عليها في عقد الزواج"[2].

خاصة في ظل تطور نظام المشارطات في العقود عامة وعقد الزواج خاصة وهذا كاشتراط الذمة المالية المستقلة للزوجين وشرط عمل الزوجة وغيرها من الشروط المعاصرة التي أصبحت تلعب دورا أساسيا في استقرار الأسرة أو هدمها، وكم من أسر وبيوت تفككت بسبب الخلافات العائلية نتيجة عدم كتابة الشروط المتفق عليها، في ظل غياب الوازع الديني وتأثر البعض بالثقافة الغربية ونظرتهم لعقد الزواج على أنه قيد للحرية الإنسانية، ولنضرب مثالا بالذمة المالية المستقلة للزوجين في قانون الأسرة الجزائري والتي نصّ عليها في المادة 37 المعدلة:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في

[1] – صور فك الرابطة الزوجية، باديس ذيابي، ص53.

[2] – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، ثم وضعه على يد لجنة خاصة مع مذكرته الإيضاحية ما بين 1959، 1961، ص118، 122.

عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"[1].

والتي قيل في شأن تبرير أسباب تعديلها هو ما تم ملاحظته من أن المرأة كثيرا ما تضررت ماديا في كثير من الحالات، وخصوصا عند الطلاق، بحيث نجدها في الكثير من الأحيان تساهم في المشاريع الخاصة بالأسرة من خلال وضع أجرتها إذا كانت عاملة في خدمة هذه المشاريع ومصالح الأسرة عموما، وعند الطلاق يثار مشكل المطالبة بالحقوق المالية من جانب الزوجة المطلقة على وجه الخصوص، وهناك عدة أمثلة حية نذكر على سبيل المثال لو ساهمت الزوجة في تشييد بناء قطعة الأرض التي هي ملك للزوج، وتم بناء هذه القطعة بمساهمة الاثنين أي الزوج والزوجة دون أن يكون هناك اتفاق مسبق لهذه المساهمة، وإنما تم ذلك بينهما من باب حسن النية في المعاملة بين الزوجين، لكن عندما ساءت العلاقة بينهما ووصلت إلى حد الطلاق، أرادت الزوجة المطلقة المطالبة بنصيبها وحقها من البناء الذي شيد بمساهمتهما معا، فإننا نجدها تصطدم برفض الزوج إعطائها أي شيء، بحجة أن ملكية البناء تعود له، وعقد الملكية مسجل باسمه هو ولا حق لها فيه، وكنتيجة لهذه الأوضاع وغيرها أراد المشرع في التعديل الجديد لقانون الأسرة معالجة هذه القضايا وحماية الحقوق المالية للمرأة، وهذا بتعديل المادة 37 السالفة الذكر[2].

---

[1] – عدلت بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في يونيو 1984 كما يلي: "يجب على الزوج نحو زوجته:
- النفقة الزوجية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.
- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

[2] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص123، 124.

غير أن المشكلة تكمن في حالة عدم كتابة هذه الاتفاقات، نظرا للحائل المعنوي الـــذي كثيرا ما يفرض نفسه بين الزوجين في مثل هذه القضايا ومن هذا يثور مشكل الإثبات في حالة التزاع بين الزوجين حول هذه المسائل، فهل يجوز الإثبات بكافة الطرق في هذه الحالة، أم أنــــا سوف نصطدم بنص المادة 333 من القانون المدني[1]، الفقرة الأولى، والتي تقضي بأنه:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كـــان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"[2]، هذه قاعدة عامة في الإثبات نص عليها في أحكام الإثبات في القانون المدني المعدل غير أن نص المادة 336 من القانون المدني جاءت بتعديل جديد أيضا في هذه المسألة اعتبرت بمثابة استثناء من القاعدة السالفة الذكر حيث نصت على مايلي:

يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته[3].

من خلال هذه الفقرة الأولى من المادة نجد أنه في كثير من الأحيان تتم التصرفات بـــين الزوجين بمبالغ تفوق النصاب المحدد للإثبات بالكتابة، ومع ذلك لا يتم كتابة الدين نظرا لوجود

---

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد ، ص125.

[2] – عدلت بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حررت في ظل الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في26 سبتمبر1975:" في المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمتها على 1.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"

[3] – عدلت بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حررت في ظل الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 كمايلي:" يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة.

– إدا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،

– إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب اجنبي خارج عن إرادته".

الحاجز المعنوي الذي كثيراً ما يحول دون وجود الدليل الكتابي وربما جاء هذا النص لمعالجة كثيرا من الأوضاع القانونية الأسرية في الموضوع لقد أشرنا إلى هذا النص في أحكام الأسرة، ولو من باب الإحالة، لأنه يفيد في حل الكثير من المشاكل الزوجية[1].

وانطلاقا مما سبق قد تخضع المطالبة بالوفاء بالشروط المتفق عليها للقواعد العامة في الإثبات، من جهة لأن القانون الجزائري لم يشترط كتابة هذه الشروط في وثيقة الزواج، كما يكون من حق الطرف المتضرر المطالبة بالفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال، إستنادا للفقرة التاسعة من المادة 53 المعدلة والتي تقضي بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية وذكرت سبب "مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إذا تزوج عليها مثلا بعد أن اشترطت ذلك، فكان على المشرع الجزائري في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار على التنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين[2]، وإذا لم يقم الزوج أو الزوجة حق للطرف المتضرر المطالبة

---

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص125.

[2] – كان على المشرع أن يجعل الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط هو الدفع بعدم التنفيذ أولا، ثم إن لم يفلح هذا الجزاء حينئذ يكون للمشترط اللجوء إلى طلب الفسخ أمام القضاء وقد نص على الدفع بعدم التنفيذ القانون المدني الجزائري في المادة 123 منه، حيث نصت: " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، وعليه من خلال نص المادة يتبين لنا أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة من الوسائل القانونية التي منحها القانون لأحد طرفي العقد، في حالة إخلال الطرف الآخر في العقد بتنفيذ التزامه ليمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الطرف الآخر بذلك، أو عبارة عن حق كل متعاقد في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم به الطرف الآخر، والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يستوجب له ثلاثة شروط وهي:

– أن يكون العقد ملزما للجانبين.

– أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء.

– ألا يتعسف من يتمسك بالدفع في استعماله. انظر: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، خليل أحمد حسن قدادة، (175/01، 176).

بالفسخ أو الطلاق حسب الأحوال، مع الاحتفاظ بحقه في التعويض، وهذا حسما لأي خلاف قد يقع بين الزوجين مستقبلا[1].

أما عن موقف القضاء الجزائري عن مسألة الإثبات في الشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج، فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 2006/04/12 "حيث يتبين من الإطلاع على عرائض ووثائق ملف قضية الحال وكذلك القرار محل الطعن أن النزاع بين الطاعنة والمطعون ضده ينحصر في كون هذا الأخير يطالب بأن تقيم معه زوجته بالقصر بولاية بجاية حيث يوجد مسكن الزوجية أو حيث أمكن له توفيره بهذه المدينة.

لكن الطاعنة (الزوجة) تعارض طلبه هذا على أساس وأن المطعون ضده كان قد طالبها بالإقامة بفرنسا، وأنها هي الأخرى اشترطت عليه ذلك لكونها ولدت وترعرعت بهذا البلد.

– لكن حيث أن القاعدة العامة أن الزوجة تتبع زوجها، وتقيم حيث يقيم ويمكن له إيجاد مسكن للزوجة.

– وحيث أن للطاعنة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج بينهما وتقيم البينة على ذلك.

وحيث أن في دعوى الحال الطاعنة تدعي وأنها اشترطت على المطعون ضده أن يكون مقر الزوجية (بفرنسا)، غير أنها عجزت عن تقديم البينة على ذلك، خاصة وأن الطاعن ينكر إدعائه وتمسك بالحق الشرعي والقانوني والمتمثل في إقامة الزوجة حيث يقيم الزوج.

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص137، 138.

ولما قضى قضاة الموضوع بإلزام الزوجة بالإقامة حيث يقيم زوجها، فإن قضائهم غير مشوب بالقصور وانعدام الأساس القانوني، بل جاء متطابقا وأحكام قانون الأسرة ومبادئ الشريعة الإسلامية"[1].

فقد اعتبر هذا القرار إقامة الزوجة تكون حيث يقيم زوجها كقاعدة عامة، وجعل للمرأة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج كما طلب من الطرف المتضرر البينة، لإثبات الشرط الذي اشترطه، وهذا الذي لم ينص عليه في قانون الأسرة وكان من الأجدر أن يخصص له نصوص قانونية حتى لا نقع في تناقض قضايا شؤون الأسرة خاصة وأنها من النظام العام.

لكن وبتحليل المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، يمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري سعى على حماية المرأة بل أكثر من ذلك أعطاها المجال الواسع لتقدير حالة فك الرابطة الزوجية متى اقتنعت بضرورة ذلك[2].

اعتبر المشرع الجزائري الإخلال بالشرط من طرف الزوج سبب قانوني لمطالبة الزوجة التطليق عن طريق القاضي، والفقرة التاسعة من المادة 53 والتي تعتبر إحدى بنود التعديل الجديد، تعتبر كأثر خاص للمادة 19، وقد رجح بعض الشراح أساس طلب التطليق للزوجة، في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أنه الالتزام العقدي، أي المسؤولية العقدية، وهذا قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسرة الذي أدرج ضمن الأسباب الموجبة للتطليق، عدم الوفاء

[1] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 358665 مؤرخ في: 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، 2006 العدد 01، ص 494، 495.

[2] – المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، لوعيل محمد لمين، ص97.

بالشروط المشترطة في عقد الزواج وبالتالي فيصبح الأساس المبرر لطلب التطليق هو نص المـــادة 53 فقرة 9 والذي يعتبر مؤيدا للمصدر وهو المسؤولية العقدية[1].

وقد قضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 والذي جاء فيه:"حيث أنه من المقرر فقها وقضاءاً جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكـــون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حرام أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشـــروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد "[2].

ولكن القضاء الجزائري لم يستقر على رأيه هذا، وذهب في قرار آخر عكس القرار السابق، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1988/06/20، عن المحكمة العليا ما يلي:"من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية وكان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع ألزمو الـــزوج

[1] – تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بن زيطة عبد الهادي،الطبعة الأولى، 1428 هـــ، 2007 م، دار الخلدونية،الجزائر، ص139، 140.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، مؤرخ في 1971/03/03، نشرة القضاة 1972 العدد 02، ص39.

بالعرف بتعهده البقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[1].

من خلال عرض هذين القرارين السابقين للمحكمة العليا يتضح لنا التناقض الموجـــود في القضاء الجزائري بالنسبة للحكم على الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، فمرّة اعتبرهـــا شروطا صحيحة وملزمة للطرف الذي التزم بها، وأعطى الحق فيها للزوجـــة في فـــك العصـــمة الزوجية. وتارة أخرى اعتبرها مكروهة وغير ملزمة، و لم يكن لها أي أثر على عقد الزواج، فيبدوا واضحا بأنه في القرار الأول قد تأثر بالمذهب الحنبلي وفي القرار الثاني تأثر بالمذهب المالكي.

إن القرار الأخير للقضاء الجزائري، لا يتوافق مع ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، وقد ذهبت معظم التشريعات العربية للأحوال الشخصية في تنظيم أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى الأخذ بمذهب الحنابلة، وتعرضت للآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج على النحو التالي:

القانون المغربي[2]: تعرض القانون المغربي لهذه الآثار من خلال المادة 98 الفقرة الأولى حيث نصت على: "للزوجة طلب التطليق بناءا على أحد الأسباب الآتية وذكر:

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج" كما اعتبر الإخلال بالشرط من الأضرار المبررة لطلب التطليق من خلال الفقرة الأولى من المادة 99 حيث نصت :" يعتبر كـــل إخـــلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبرّرا لطلب التطليق".

---

[1] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49575، مؤرخ في 1988/06/20، المجلة القضائية 1991، العدد 02، ص54.

[2] – مدونة الأسرة لسنة 2004.

القانون التونسي[1]: نص على الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفصل الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي:" يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو علـــى مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبـــل البناء"، ومعنى ذلك أن المسؤولية لا تترتب في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط قبل الدخول وهو ما يفهم من النص أنه إذا تم الفسخ لعدم الوفاء بالشرط بعد الدخول فإن المسؤولية تترتب ويلـــزم التغريم[2].

من خلال تعرضنا للقانون الجزائري والمغربي والتونسي، نجدها متفقة كلها على إعطاء الحق في الفسخ أو الطلاق والتطليق مع إمكانية التعويض في حالة حصول الضرر، غير أن هذه القوانين لم تتعرض إلى إمكانية المطالبة بالوفاء أولا أمام القضاء، وكذا إمكانية إجبار المدين على التنفيـــذ، فإذا لم يمتثل أو استحال التنفيذ لسبب غير قاهر هنا جاز المطالبة بالفسخ أو الطلاق[3].

أما القوانين الأخرى في المشرق العربي فهي بدورها لم تتعرض إلى إمكانية إجبار المدين على التنفيذ في حالة الإخلال بالشروط، وإنما كرست الحق في الفسخ من حيث المبدأ[4].

القانون الإماراتي[5]: نص في المادة 20 الفقرات 4 و 5 و 6 و 7 منه على ما يلي:

4- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج ويعفى الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة.

---

[1] – مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 المعدلة.

[2] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص139.

[3] – المرجع السابق، ص139.

[4] – المرجع السابق، ص139.

[5] – قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

5- إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج.

6- لا يعتد الإنكار بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج الموثق.

7- يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمنا، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن.

ما يلاحظ على القانون الإماراتي أنه أضاف بعض المسائل علاوة على حق الفسخ في حالة عدم الوفاء بالشرط وهي:

إلزامية كتابة الشرط في عقد الزواج وإلا فلا يمكن الاحتجاج به قضاء ما لم يكن الشرط موثق، كما أقر مدة للتقادم يسقط حق الطلب الفسخ خلالها وهي مرور سنة من تاريخ المخالفة للشرط وعلم الطرف الآخر به[1].

أما **القانون السوري**[2]: فقد نص في الفقرة الثالثة من المادة 14 على:" وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح". فالقانون السوري كما هو نجده كرس حق فسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط، ولم يتحدث كغيره على التعويض في حالة الفسخ مع حصول الضرر، ولعله أحال المسألة للقواعد العامة[3].

وبهذا يتضح بعض النقص في هذه التشريعات، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بالإخلال

---

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص140.

[2] – قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

[3] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص140.

بالشروط، حيث اتجهت جل التشريعات لإعطاء الحق في الفسخ والطلاق، وهذا الأمر كان ينبغي أن يكون في آخر المطاف، بعد استنفاذ كل الوسائل الممكنة للإجبار ودفع الملتزم بالشرط للوفاء به، وإلا تعرض للمسؤولية، مع تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وبعد ذلك يمكن اللجوء لفسخ العقد مع إمكانية التعويض، زيادة على الحق في طلب الطلاق بحسب الأحوال[1].

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو نقض بعض الشروط

إذا تم العقد بين المتعاقدين، وذلك بتوافر إرادتين متطابقتين تمام الانطباق وفقا لقواعد القانون، فإن العقد يعتبر ملزما للمتعاقدين، فيلتزم كل متعاقد بكل الالتزامات المترتبة عن العقد، ويكون له الحق في المطالبة بكل الحقوق التي ترتبت عن العقد دون أن يملك كل متعاقد نقض العقد ولا الحق في تعديله، فالعقد شريعة المتعاقدين إلا بإتفاق الطرفين أو بنص القانون، يحظر على القاضي تعديل أو نقض أحكام العقد حتى ولو كان ذلك بدعوى منه بتحقيق العدالة أو منع الظلم، وإنما واجب القاضي يتركز في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد متى توافرت فيه شروط صحته، وأن يعني أصحاب هذه الحقوق وهذه الالتزامات إلا في الأصول التي أجاز فيها القانون للقاضي حق التعديل أو النقض، وإذا كانت هذه القاعدة العامة إلا أن القانون واستثناء من هذه القاعدة أعطى للقاضي حق تعديل أحكام العقد وهذا في حالات محددة[2] كحالة الظروف الطارئة[3].

---

[1] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص141.

[2] – الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، خليل أحمد حسن قدادة، ص105، 106.

[3] – هذه النظرية يذكرها أهل القانون في كتبهم، وقد جاءت هذه النظرية استثناء من القوة الملزمة للعقد، اقتضته العدالة، ورفع الحرج، والرفق بالناس، ومبدأ المساواة بين المتعاقدين ولهذا الاتجاه أصل في الشريعة الإسلامية، التي جاءت نصوصها من الكتاب، والسنة بمراعاة الضرورة، وعدم تكليف المسلم ما ليس في وسعه، ورفع الحرج والمشقة عن الناس،=

لقد سبق وأن قلنا بأنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية القائمة على أساس المودة والعشرة بالمعروف لأنه لو فتحنا باب الاشتراط على مصراعيه، لأصبح المشترط متعسفا في استعمال حقه، فلو اشترطت الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها وهذا حتى لا تبتعد عن والديها وأهلها، ربما لا يكون هذا الشرط في صالح الزوج الذي رضي بهذا الشرط لأنه ربما يغير مكان عمله وهذا بأمر من الإدارة التابع لها، مما يجعله يغادر بلد الزوجة، وهذا لإتمام ممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج هذا الشرط المتفق عليه قد يؤدي ذلك إلى فك الرابطة الزوجية وهذا بطلب من الزوجة لأنها لم ترض بهذا الزواج إلا بهذا الشرط، وقد يعود هذا بالسلب على أفراد العائلة خاصة إذا كان للزوجين أطفال، لكن إذا أراد الزوج أن يفي بشرطه ووعده فإنه يجد نفسه مجبر عن التخلي عن عمله الذي يعتبر مصدر رزقه.

فهنا نقول ومن باب قدسية هذا العقد الذي سماه الله تبارك وتعالى بالميثاق الغليظ، وجعل المودة والرحمة هي أساس بناء كل علاقة زوجية متينة فلا يجب أن يتعسف أحد الزوجين في المطالبة بالشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج، ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي اشترطها.

= قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ ﴿٢٨٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٨٦ و قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ ﴿٧٨﴾ ﴾ الحج: ٧٨ ، لأن الأصل هو الالتزام بما تتضمنه العقود، من شروط أو مواصفات لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ ﴿١﴾ ﴾ المائدة: ١ ، فالعقد له قوة ملزمة ولا يجوز لأي من أطرافه، أو القاضي أن يشتغل بنقضه أو تعديله، غير أنه إذا طرأ ظرف أو حادث استثنائي، لم يكن متوقعا حدوثه عند العقد وأصبح الالتزام بالعقد ملحقا للضرر بأحد المتعاقدين، فإنه من الممكن تعديل هذا العقد وما فيه من التزامات، أو تخفيفه لإزالة الضرر الناشئ من الظروف الطارئة، انظر، الاستحسان، حقيقته، أنواعه، حجيته، تطبيقاته المعاصرة، يعقوب عبد الوهاب الباحسين، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م، مكتبة الرشد، ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، ص178، 179.

لكن إذا تعقدت الأمور و لم يستطيع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء وهذا إما لإعفائه من تنفيذ هذا الشرط أو تعديله، والسلطة التقديرية للقاضي هي التي تقدر هذا الظرف الطارئ، كما أنه من المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة، إنما وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد في الرابطة العقدية، ولأن تحقيق العدالة هو مناط سلطة القاضي ومحور وظيفته، فإن هذه السلطة تجد حدودها عند تحقيق هذا الهدف إجمالا، فهي سلطة لم تمنح للقاضي لفرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف[1].

والملاحظ على قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نظرية الظروف الطارئة، وإنما نص عليها في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107، الفقرة الثالثة والتي نصت على:"غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2]، وهذا بخلاف القانون المغربي الذي يعتبر القانون الوحيد الذي نص على نظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة في حالة تعذر الوفاء بالشروط لأسباب قاهرة[3].
حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 48 على أنه: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك

---

[1] – سلطة القاضي في تعديل العقد، عبد الحميد بن شنيتي ،أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1996، ص54.

[2] – الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[3] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص138.

الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه"[1]، من خلال هذه الفقـــرة يجوز للملتزم بالشرط أن يطلب من القضاء في حالة صعوبة التنفيذ العيني أن يعفيه من الشـــرط أو يعدل فيه، مادام الظرف الطارئ قائما.

ويراعي القاضي في تعديله أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج مدى جسامة الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها، بعد أن اشترطت عدم خروجها من بلدها، بحيث مثلا يفقد الزوج منصب عمله بسبب عدم التزامه بشرط زوجته عليه، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناجم عن تخوفها من العيش خارج بلدها، كما يجب على القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ومراعاة غرضيهما من التعاقد ولا يجوز تجزئة شروط العقد لأن ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أمرا صعبا، ولهذا وجب تفسير العقد في مجموع بنوده وكافة أجزاءه المكونة له، وعلى سبيل المثال لو اتفق الزوجان على تأجيل جزء من المهر، فليس للزوجة أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه الجزء المؤجل من المهر لأن قبولها بتأجيل جزء من مهرها عند العقد يفسر على أنها رضيت بتأجيل المطالبة وإذا وقع خلاف بين الزوجين بصدد تفسير شرط معين في العقد حول مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته، فيجب

[1] – مدونة الأسرة لسنة 2004.

الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه أحكام هذا الشرط، وهل يعد مشروعا أو غير مشروع[1].

وعند الكلام عن السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، وهذا عن طريق ما يسمى عند رجال القانون بنظرية الظروف الطارئة نجد لهذا التطبيق نظير في الفقه الإسلامي، وهذا عندما نتمعن الشروط التي رسمها الحنابلة للتفريق بين الزوجين عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها بحيث لم يتركوا الأمر على إطلاقه، بل قيدوه ببعض القيود والضوابط، ولعل أهمها هو شرط بقاء ما شرطه أحد العاقدين على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، فإن تغير عن الحالة التي كان عليها بطل الشرط، كاشتراط الزوجة مسكن بمواصفات معينة، لكن تغير هذا المسكن بسبب الخراب أو زلزال أو غيره ففي هذه الحالة للزوج أن يسكن بالزوجة حيث شاء، ويسقط حقها من الفسخ ، لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل، فتغير المسكن كان لظرف طارئ وقوة قاهرة، مما أدي إلى إلغاء الشرط جملة وتفصيلا.

[1] – الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مسعودي يوسف، رسالة ماجستير، 2006م، 2007م، المركز الجامعي بشار ص96،95.

المبحث الثالث: تطبيقات لبعض الشروط

بعد أن انتهينا من الحديث عن أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، آن الأوان أن نأخذ بعض أو أهم الشروط التي قد تكون مقترنة بعقد الزواج، وندرسها بالتفصيل من حيث أقوال الفقهاء فيها وأثرها على عقد الزواج.

المطلب الأول: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين

قد يشترط أحد الزوجين صفة معينة في أحدهما في عقد الزواج، كأن يشترط الرجل في المرأة البكارة، أو تشترط هي فيه السلامة من الشلل أو غيره من العيوب، ويعقدان النكاح على هذا الشرط، فما أثر هذا الشرط في عقد النكاح؟ وإذا تبين للمشترط فوات الشرط الذي اشترطه في العاقد الآخر فهل هذا الغش والتدليس[1] يؤثر على العقد ويثبت الخيار للمشترط ؟ أو يلزم النكاح مع ذلك ولا خيار للمشترط ؟ أو يبطل العقد[2]؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ومضمون هذا القول هو أن الغش والتدليس بعدم الوفاء بالشرط لا يثبت للمشترط خيار الفسخ مع صحة هذا العقد ولزومه، وهذا القول مذهب الحنفية[3]،

[1] – والمقصود بالتدليس في عقد الزواج هو: كتمان عيب في أحد الزوجين على الآخر، أو إظهار وصف كمالي ليس موجودا في الحقيقة، ويكون بعدم تحقيق شرط لأحدهما في صلب العقد، وصفا من صفات الكمال كإسلام، وبكارة، وشباب، انظر: أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف ،(170،171/01).

[2] – المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، الطبعة الأولى، 1413هـ 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (140/06)، أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف ،(172/01).

[3] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، الطبعة الثانية، 1406 هـ، 1986 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (323/02)، شرح فتح القدير، ابن همام، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، 1424 هـ، 2003 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (242/03)،=

وقول عند الشافعية[1].

القول الثاني: الغش والتدليس بعدم الوفاء بالشرط يثبت للزوج الخيار وهذا مذهب المالكية[2] والأظهر عند الشافعية[3] والحنابلة[4].

القول الثالث: إذا شرط الزوج وصفا في عقد الزواج، كالبكارة والجمال، وغيرها من الأوصاف، فوجدها بخلاف ما شرطه، فالنكاح باطل من أصله غير منعقد وهذا قول عند الشافعية[5] وهو قول الظاهرية[6].

= جاء في المبسوط للسرخسي (98/05) : " فإنه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء، لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فإنه لا يثبت له الخيار".

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، المصدر السابق، (254/03)، جاء في المهذب (452/02) : " إن تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة معينة، فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطل لأن الصفة مقصودة كالعين، واختلاف العين يبطل العقد، فكذلك اختلاف الصفة، ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة.

الثاني: يصح العقد وهو الصحيح لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره، وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها، فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر، فخرج عبدا أو أنه جميل، فخرج قبيحا أو أنه عربي فخرج عجميا،ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج أعجميا وهي عجمية، ففيه وجهان:

أحدهما: لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها، **والثاني** : لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق الكفاءة".

[2] – نص المالكية على أن الذي يتزوج المرأة بأنها بكر فيجدها غير عذراء، والعوام تظن أن البكر ذات العذرة، وتجهل البكر هي التي لم يكن لها زوج، فإنها مسألة اختلف فيها أهل العلم، فأشهب لم يعذر الزوج بالجهل، والشرط لا ينفعه إلا أن يشترط عذراء، أو يكون في الشرط بيان كأن يقول إن لم أجدها بكرا رددتها وهو مذهب سحنون، لكن ظاهر قول أصبغ له ردها عن لم يجدها عذراء، وهي أولى الروايتين والقولين، انظر: النوادر والزيادات، أبي زيد القيرواني، (537/04)، المعيار المعرب، الونشريسي، (386/03).

[3] – يثبت الخيار للزوج عند الشافعية بشرط إن خرج أدنى من المشروط، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزياد، أنظر: المهذب، الشيرازي، المصدر السابق، (452/02).

[4] – كشاف القناع، البهوتي، (89/04)، الإنصاف، المرداوي، (168/08).

[5] – القول ببطلان العقد رواية عن الشافعية لكن الصحيح من المذهب هو القول بصحة العقد، انظر: المهذب للشيرازي، (452/02).

[6] – قال ابن حزم: " إن اشترط ذلك في نفس العقد مفسوخ، وإن إشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطل"، انظر: المحلى لابن حزم ، (672/09).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

1- إنما شرع الخيار لدفع الظلم وهذا لا يوجد لجانب الزوج لأنه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها إما بملك اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق، فعمدتهم في عدم إثبات الخيار للزوج لأنه يمكنه أن يطلق[1].

ونوقش هذا من:

أن إمكانية وقوع الطلاق من الزوج، لا يزيل الضرر الحاصل بفوات شرطه المتفق عليه بينهما، إذ إن وقوعه يفوت عليه الرجوع بما دفعه من المهر مع حقه المسلوب بفوات شرطه، لمجيء الفرقة من قبله، فإيقاع الطلاق في مثل هذه الحال أعظم ضررا من إثبات الخيار له بالفسخ، لعدم إمكانية التعويض والرجوع ببدل الصفة المشترطة في العقد والضرر لا يزال بمثله[2].

2- المقصود بالنكاح طبعا هو قضاء الشهوة وشرعا النسل وهذه العيوب لا تخل بمقصود وموجب العقد وهو الحل، لأن زيادة مشروطة بمنزلة العيب في إثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح[3].

---

[1] – المبسوط للسرخسي ، (97/05)، شرح فتح القدير لابن الهمام، (242/03)، المهذب للشيرازي ، (453/02).

[2] – أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (175/01).

[3] – المبسوط للسرخسي، (94/05 وما بعده).

ونوقش هذا: بأن النكاح وإن كان المقصود الأعظم فيه هو الجماع، إلا أن الزوج إنما دخل في عقد النكاح لرغبته في الشرط الذي شرطه، واستمراره في العقد مع عدم شرطه تفويت لرغبته، وعدم تحقيق لقصده، وغش له وخداع، ولا يمكن إدراك رغبته برجوعه بما يقابله من المهر لأن رغبته قد تكون غير مؤثرة ماليا، وقد تكون الصفة هي السبب الباعث له للتزوج بها، فكيف يلزم بالعقد مع تخلف هذه الصفة [1]

أدلة القول الثاني:

1- حديث عقبة بن عامر ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال:" أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"[2].

دل الحديث على أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق، وخاصة إذا كانت هذه الشروط صحيحة فيجب مراعاتها والعمل بموجبها، وما اتفق عليه الطرفان، لأنه لا معنى بالالتزام بالشروط واشتراطها في العقود، إلا وجوب العمل بمقتضاها، وفسخ العقود عند عدمها[3].

2- عن عبد الرحمان بن غنم قال: شهدت عمر بن الخطاب ﷺ، واختصم إليه في امرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها، قال عمر: لها شرطها، قال الرجل: لئن كان هكذا، لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فارقته، فقال عمر:"المسلمون عند مشارطهم، عند مقاطع حدودهم "[4].

---

[1] – أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، (175/01).

[2] – سبق تخريجه ص72.

[3] – فتح الباري، ابن حجر، (272/09)، أسباب انحلال العقود غير مالية، أحمد اليوسف، (172/01).

[4] – سبق تخريجه ص76.

3- إن الزوج قد اشترط صفة مقصودة له ففاتت هذه الصفة، وكانت هذه الصفة هي الدافع للعقد على هذه الزوجة، فله الخيار بفوات هذه الصفة التي اشترطها وهذا أشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة، ولا شيء عليه إن فسخ قبل الدخول، وبعده يرجع بالمهر على الغار[1].

4- الوصف المتقدم كالشرط المتقدم والشرط المتقدم كالمقارن أثناء العقد والغالب في النكاح من تقدم الخطبة على العقد لاستعلام حال الزوجين، ومن المعلوم أن كلا منهما إنما رضي بالعقد المشروط فيه الشرط الذي تشارطا عليه أولا، ومن ادعى أن أحدهما رضي بعقد مطلق خال عن شرط، كان بطلان قوله معلوما بالاضطرار، وإذا كان إنما رضيا بالعقد الذي تشارطا عليه قبل عقده، وملاك العقود هو الرضا، وجب أن يكون العقد ما رضيا به، لاسيما في النكاح الذي يسبق شرطه عقده، وليس بعد عقده خيار يستدرك فيه الفائت، وهذا بين لا خفاء فيه[2].

5- لو قال رجل أنكح، فإن هذا اللفظ وإن كان مطلقا فهو مقيد بما تشارطا عليه قبل ذلك، ومعنى كلامه أنكحتك النكاح الذي تراضينا به، فمن جعل كلامه مطلقا بعد أن تقدم منه المشارطة و المواطأة فقد خرج عن مقتضى قواعد خطاب الخلق وكلامهم، ومقاصدهم، وإذا كان الشرط المشروط قبل العقد كالمشروط فيه، فمعلوم أن الشرط العرفي كالشرط اللفظي[3].

أدلة القول الثالث: استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- اعتبر أصحاب هذا القول بأن العقد باطل لأن الصفة في النكاح مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة، ولأن النكاح يعتمد الصفات فتبدلها

---

[1] – منار السبيل في شرح الدليل، بن ضويان، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الخامسة، 1402هـ، 1982م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (176/02).

[2] – بيان الدليل على بطلان التحليل، ابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: حمدي عبد المجيد، الطبعة الأولى، 1998، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص395، 396.

[3] – المصدر السابق، ص397.

كتبدل العين[1].

ونوقش هذا:

بعدم التسليم بأن تبدل الصفة كتبدل العين، ذلك لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى[2].

2- التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة.

ونوقش هذا:

أن قولهم إن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، غير مسلم، لأنه عاقد عليها باسمها، وربما رؤيتها، وكونها بانت على غير الصفة المشروطة لا تجعلها غير التي عقد عليها، أشبه ما لو اشترى أمة وشرط كونها كاتبة فبانت غير كاتبة[3].

الترجيح[4]:

الراجح في هذه المسألة والله أعلم، هو قول من قال بثبوت الخيار للزوج في الفسخ أو الإمضاء لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولأن من منع هذه الشروط قد أباح شيئا منها في النكاح والبيع، والتفريق بلا دليل لا يصح، وهذا مما يضعف قولهم[5]، ومن تأمل مقاصد الشرع،

---

[1] – المهذب للشيرازي، (452/02)، مغني المحتاج للشربيني، (254/03).

[2] – مغني المحتاج للشربيني، (254/03).

[3] – أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف ، (174/01).

[4] – المرجع السابق، (177/01).

[5] – قال ابن قيم في إعلام الموقعين، (60/03):" وقالت الحنفية والمالكية والشافعية: إذا شرطت أن لا يخرجها الزوج من بلدها أو دارها أو أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى فهو شرط باطل، فتركوا محض القياس، بل قياس الأولى، فإنهم قالوا: لو شرطت في المهر تأجيلا أو غير نقد البلد أو زيادة مهر المثل لزم الوفاء بالشرط، فأين المقصود الذي لها في الشرط الأول إلى المقصود الذي في هذا الشرط؟ وأين فواته إلى فواته؟ وكذلك من قال منهم: لو شرط أن تكون جميلة شابة سوية فبانت عجوزا شمطاء قبيحة المنظر أنه فسخ لأحدهما بفوات شرطه، حتى إذا فات درهم واحد من الصداق فلها الفسخ لفواته قبل الدخول، فإن استوفى المعقود عليه ودخل بها وقضى وطره منها ثم فات الصداق جميعه و لم تظفر منه بحبة واحدة فلا فسخ لها ...".

وما اشتمل عليه من المصالح والعدل ومن النهي عن التغرير والخداع والتدليس تبين له رجحان القول بثبوت الخيار للزوج، إذا وجد زوجته على خلاف ما أراد أو اشترط أو قيل له، كما أن نفي الضرر[1] من الأصول المقررة في شريعتنا ولأنه لو علم بحالها قبل العقد لم يرض بها، ولأن العادة أن الإنسان إنما يرضى بالسالم، والعقد المطلق يحمل على عرف الناس وعاداتهم.

لكن هناك من يرجع عدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا ومنهم الدكتور عبد الكريم زيدان، حيث أنه رجح القول بعدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا لأنه يملك فراقها بالطلاق، كما لا تملك الزوجة خيار الفسخ إلا بعيوب معينة اشترطت سلامته منها، وقد برر هذا الترجيح بأن عقد النكاح من العقود الخطيرة فلا يجوز تعريض هذا العقد الخطير للاهتزاز والفسخ بشروط غير منضبطة، مثل جمال المرأة أو جمال الرجل، والجمال كما هو معروف شيء نسبي وغير منضبط، أما البكارة فهذه قد تزول بوثبة من المرأة أو طفرة، فمصلحة استقرار عقد الزواج ومصلحة الزوجة وكذا الزوج، ومصلحة الستر و الإرتفاع بهذا العقد عن مستوى عقد البيع والشراء، وما يخضع له من خيار الرد بالعيب، كل ذلك وغيره يقضي بترجيح عدم ثبوت خيار الفسخ، لاسيما وأن الشرع ندب إلى حسن اختيار الزوجة أو الزوج والتأكد مما يريد كل طرف الوقوف عليه من الطرف الآخر، وأن الشرع أباح للخاطب أن يرى مخطوبته قبل الخطبة، وكذلك فإن معظم الأوصاف التي يريد كل طرف من طرفي عقد النكاح معرفتها، يمكنه التعرف عليها بالتحري عنها أو بإرسال الثقات من النساء لمعرفة حال المرأة، وإرسال الثقات من الرجال لمعرفة

---

[1] – وهذا معنى قول الفقهاء " الضرر يزال"، وهي قاعدة من القواعد الفقهية الخمس وتعد هذه القاعدة من أركان الشريعة، إذ ينبني عليها كثير من أبواب الفقه، ومضمون هذه القاعدة ينفي الضرر نفيا مطلقا، فيشمل ذلك الضرر العام والضرر الخاص، ويشمل أيضا دفع الضرر قبل وقوعه بالطرق الممكنة الواقية منه، وكذا رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، انظر: القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر، محمد الهذلي، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص327، 330.

صفات وأخلاق الرجل ونسبه ومركزه الاجتماعي ونحو ذلك، ولأن عقد النكاح ليس عقد بيع حتى ينطبق على عقد النكاح كل ما ينطبق على عقد البيع[1].

أما من الناحية القانونية، فقانون الأسرة الجزائري لم ينص على مثل هذه المسألة وهي كأن يشترط أحد الزوجين صفة معينة في الآخر، بخلاف بعض التشريعات العربية ومنها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي حيث نص في الفقرة الخامسة من المادة 20 منه على:"إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج "[2]، فالملاحظ على المشرع الإماراتي قد اعتبر التدليس والخداع مؤثر في عقد الزواج، وأعطى الحق في الفسخ للطرف الذي يشترط وصفا معينا في الآخر و لم يجده كما اشترطه.

بينما في الاجتهاد القضائي نجد في القرار الصادر بتاريخ 2009/02/11، حين اعتبر البكارة يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج، وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة، وهذا ما أوضحه القرار الذي جاء فيه ما يلي: "بدعوى إن قضاة المجلس رفضوا الشهادة الطبية التي تثبت عذريتها، وصدقوا المطعون ضده رغم أن إثبات العذرية من عدمه أمر فني لا يثبت إلا بأهل الاختصاص فهي غير مشروطة في العقد طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة، وطبقا للمبدأ الشرعي بأنه في حال وجود طلاق حول البكارة يصدق قول المرأة مع يمينها وبما أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في العقد فإن البناء والدخول بما ينهي كل دفع بعدم العذرية مما ينجر عنه النقض"[3].

---

[1] – المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان ، (143/06).

[2] – قانون الأصول الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

[3] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 480264،مؤرخ في: 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 01، ص284.

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبيب جاء ما يلي:"حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجبه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة ومن ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب"[1].

فقد اعتبر هذا القرار بأن طلاق الزوج لسبب البكارة هو طلاق تعسفي، ويعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن هذا الطلاق، مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة، فالطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبررا كافيا للزوج في إحداثه، فقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة زوجته ليست عذراء.

وأمام الحرج الكبير والنزاعات الكثيرة المطروحة على المحاكم حول مسائل متعلقة بالعذرية، فالمشرع الجزائري أكد في تعديله بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وبالضبط في المادة 07 مكرر ما يلي:" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج

تحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "[2].

---

[1] – تابع لقرار المحكمة العليا السابق، ص285.

[2] – أضيفت بالأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فقد أضافت المادة 07 مكرر كفقرة أخيرة أن شروط كيفيات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم، وحتى التنظيم الصادر لم يشر في حقيقة الأمر إلى تعريف هذه الأمراض التي تشكل خطرًا يتعارض مع الزواج، فعدا الأمراض المتنقلة عبر الدم، المقصودة مباشرة في هذه المادة فإن باقي الأمراض لم تحدد حصريّا، وأن مسألة فقدان العذرية من عدمها قبل البناء لا تدخل ضمن خانة المرض الذي يشكل خطرا يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة والخلاصة أن المادة 07 مكرر من قانون الأسرة وإن شرعت حماية للزوجين من الوقوع في غلط أو تدليس بعد الزواج، فإنها بالمقابل لم تلب بمفرداتها وأسلوبها الحاجة في طلب هذه الحماية، لأن المادة تتحدث فحسب عن الأمراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج، في الوقت أن واقع المحاكم ومبررات الأطراف في فك الرابطة الزوجية يتعدى ما هو منوه في المادة 07 مكرر إلى جوانب أخرى تبقى في نظرهم بنفس خطورة الأمراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج[1].

المطلب الثاني: اشتراط عدم تعدد الزوجات

إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم التعدد، أي بأن لا يتزوج عليها، ورضي الزوج بهذا الشرط فهل يجب عليه الوفاء به؟ وهل لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه عند فوات الشرط خاصة إذا كانت هناك أسباب خارجة عن إرادة الزوج هي التي اعترضته في الوفاء بهذا الشرط كمرض الزوجة الأولى مرضا مزمنا أو غيرها من الأسباب؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال نوجزها فيما يلي:

الحنفية: ذهب الحنفية إلى تحديد الشروط الصحيحة إلى أربعة أنواع وهي أن يكون الشرط يقتضيه العقد ويكون موجبه حكما من أحكامه وأثرا من أثاره كاشتراط الزوجة النفقة مثلا،

---

[1] – صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، باديس ذيابي، ص18.

وأن يكون الشرط مؤكدًا لمضمون العقد كاشتراط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر أو النفقة، وأن يكون الشرط قد ورد الشرع بجوازه وأوجب مراعاته كاشتراط الزوج أن يكون له الحق في الطلاق، وأن يكون الشرط من الشروط التي جرى بها العرف كاشتراط المرأة تعجيل المهر إذا جرى عرف البلد بذلك وماعدا هذه الأنواع فهو شرط فاسد[1]، وعليه فاشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هو شرط فاسد لا يجب الوفاء به، وإن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين، ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معه صحيحا، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة[2].

وقال **الحنيفة**: لو تزوج الرجل امرأة على ألف على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى، لأنه صلح مهرا وقدم رضاها به، وإن تزوج عليها أخرى فلها مهر مثلها، لأنه سمى مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها، كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف[3].

المالكية: يرى المالكية أن اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها من الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولا منافية له، واشتراطها مكروه ابتدءا، لكن إن وقع العقد مقترنا بهذا الشرط صح العقد وبطل الشرط، والوفاء به مستحب[4].

قال ابن جزي:" إذا شرط لها ألا يتزوج عليها فإن كان دون يمين لم يلزمه، وجاز له أن يتزوج حسبما تقدم "[5].

---

[1] – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ، ص98.97.

[2] – بداية المجتهد لابن رشد، (102/02)، أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شبلي ، ص174.

[3] – البناية في شرح الهداية، العيني، (690/04).

[4] – المنتقى للباجي، (67،68/05).

[5] – القوانين الفقهية لابن جزي، ص173.

قال مالك:" إذا اشترط ذلك أي ألا يتزوج عليها لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعتق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق، أو يعتق من أقسم عليه ".

قال ابن رشد: قول مالك مروي عن علي[1].

الشافعية: اعتبر الشافعية اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، **مما** يخالف مقتضى عقد النكاح، لكن لا يؤثر على العقد فيبقى العقد صحيحا، ويفسد الشرط وهذا لأن هذا الشرط لم يخل بالمقصود الأصلي لعقد النكاح وهو الوطء والاستمتاع[2].

الحنابلة: يرى الحنابلة أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، أنه شرط صحيح وللمرأة منفعة مقصودة من وراء هذا الشرط، كما يلزم الوفاء به، وإذا فات هذا الشرط فللزوجة فسخ النكاح، لأنه شرط لازم في العقد، فثبت حق الفسخ بفواته، كشرط الرهن في البيع[3].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وتباين آرائهم في وجوب الوفاء بهذا الشرط من عدمه، خصوصا بين الحنفية والشافعية من جهة، وبين الحنابلة الذين توسعوا في الشروط، من جهة ثانية، فإن الرأي الأقرب للواقع التطبيقي هو رأي المالكية الذي يجمع بين الرأيين، فيقرر استحباب الوفاء بهذا الشرط، ولكن إذا لم يف الزوج بهذا الشرط لا يكون للمرأة الخيار في فسخ عقد الزواج، فهذا الرأي يعتبر الأقرب إلى الواقع باعتبار أن الوفاء بهذا الشرط قد تعترضه أسباب خارجة عن إرادة الزوج، كأن تكون متعلقة بالزوجة في ذاتها، بأن تكون عقيما أو تمرض مرضا مزمنا، فليس

---

[1] – بداية المجتهد لابن رشد، (102/02).

[2] – روضة الطالبين للنووي، (589/05)، مغني المحتاج للشربيني، (277/03).

[3] – الكافي لابن قدامة المقدسي ، (287/04، 288).

للزوجة الحق في طلب التطليق بدعوى اشتراطها عدم التزوج عليها، إذ لا ضرر ولا ضرار[1].

أما من الناحية القانونية، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج عدم الزواج عليها بامرأة أخرى، وإذا أراد أن يتخلص الزوج من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط[2].

وقد نص المشرع الجزائري على مسألة التعدد في المادة الثامنة من قانون الأسرة ووضع مجموعة من الشروط التعجيزية لنظام التعدد، وجاءت المادتين الثامنة مكرر والمادة الثامنة مكـــرر (1) متممتين للمادة الثامنة ومن خلال تحليلهما يتبين أن قانون الأسرة الجزائري قد فرض جزاء صريحا على مخالفة القانون، بحيث أعطى الحق للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق في حالة التدليس، وحكم على الزواج الجديد بالفسخ قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة من نفس القانون[3].

فموضوع تعدد الزوجات في بلادنا لا يُكَوِّنُ أي مشكلة في الحقيقة والواقع، فإن من يشهر سيف العداء ضد تعدد الزوجات، في زمن أصبح الرجال فيه عاجزين عن التكفل بامرأة واحدة

[1] – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ ابن صغير، ص465.

[2] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص127.

[3] – قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، الطبعة الثانية، 2009، دار هومه، الجزائر،ص91، هذا وكيف أن المشرع هو الذي رتب على تخلف شرط من شروط التعدد المذكورة في المادة 08 من قانون الأسرة، حق الزوجة في طلب التطليق نظراً لتضررها من ذلك وهذا ما ورد في الفقرة السادسة من نص المادة53 من نفس القانون، وقد أيد هذا الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 2005/01/19 عن المحكمة العليا حيث جاء فيه ما يلي:" لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من إمرأة أخرى، ويجب إثبات رضها بهذا الزواج"، انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 334060 ، مؤرخ في 2005/01/19، السنة 2005 العدد 01، ص325.

بسبب البطالة وقلة ذات اليد يصبح كمن يمضغ الماء أو كمن يعزف على وتر مقطوع[1].

وقد أعطى المشرع الجزائري الحق للزوجة في طلب التطليق إذا أخل الزوج بهذا الشرط أثناء قيام الحياة الزوجية، وهذا من خلال الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يراعي الظروف الطارئة والأسباب القاهرة التي تكون خارج إرادة الزوج قد تدفعه إلى التعدد وعدم التنصيص على مثل هذه الظروف ربما يفتح المجال أكثر للطلاق، مما يؤدي إلى التفكك الأسري لأتفه الأسباب ، ويجعل كل طرف يفكر وفق أغراضه و أهواءه ومصالحه فقط، دون مراعاة الطرف الآخر، لذا كان على المشرع في مثل هذه المسائل أن ينص على مواد قد تكون استثناء من الحكم العام، وهذا للموازنة بين مصالح الطرفين، لأن الزواج ليس علاقة بين رجل و امرأة تحت سقف بيت ، وإنما هو علاقة بين أسرتين أو بين عشيرتين إن صح القول.

وقد نص القانون المغربي في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها وأنه في هذه الحالة يمنع التزوج عليها، أما القانون التونسي فلا يجيز الزواج بأكثر من واحدة، وبالتالي فلا يجوز اشتراط هذا الشرط لأن الزواج غير جائز أصلا، ومن تزوج يكون مرتكبا لجريمة يتعرض لعقوبة السجن لمدة سنة وذلك حسب الفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية[2].

المطلب الثالث: اشتراط المرأة عدم منعها من العمل خارج البيت

اقتضت حكمة الله تعالى في بني ءادم، أن يكون الرجل هو القائم بأمر المرأة، والقائد لزمامها، وذلك لما منحه الله ﷻ من القوة وكمال العقل، والقدرة على تحمل المصاعب، وتجشم

---

[1] – قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص96.

[2] – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص127.

الآلام الناشئة عن متاعب الحصول على العيش، وحفظ كيان الأسرة حتى تظل قائمة في هذا الكون، مؤدية وضيفتها في عمارته ويشهد لذلك قوله ﷻ: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ **النساء: ٣٤** وفي هذا دلالة على أن المرأة يجب أن تكون رهن إشارة زوجها، وطوع أمره، فلا تعصي له أمرا، ولا تمنعه حقا وجب له عليها، وقد أمر جلّ شأنه المرأة بالقرار في بيت زوجها، ومنعها الخروج منه حرصا على المحافظة على حقوق الرجل، ومنعا لما قد يفسد نظام العائلة ويجرها إلى الخسارة، وإن المرأة أمام هذه الأوامر الإلاهية التي يجب عليها أ ن تمتثلها، وتنقاد إليها، تكون من غير شك عاجزة عن تحصيل قوهّا وتدبير عيشها. وحينئذ فمن ذا الذي يقدم لها من القوت ما يدفع عنها ألم الجوع، ويحفظ حياهّا ومن الثياب ما تتقي به قيظ الحر و زمهرير البرد، ومن المسكن ما تأمر فيه على نفسها ومتاعها؟ فلو لم يوجب الله ﷻ ذلك على الرجل لزوجته، مع ما تقدم من أمرها بملازمة بيته لأدى إلى هلاكها[1].

لكن إذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت متحصله على شهادة علمية واشترطت على الزوج عند العقد بالعمل بهذه الشهادة حتى أثناء قيام الحياة الزوجية، فهل يلزم الزوج بالوفاء بهذا الشرط أم لا ؟.

اختلف الفقهاء في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال نوردها فيما يلي:

الحنفية: يرى فقهاء الحنفية أن هذا الشرط فاسد ملغى والعقد يبقى صحيحا، وللزوج الحق في منع زوجته من العمل وإن استمرت رغم منعها فتعتبر ناشزة.

---

[1] – نقلا من تحقيق كتاب، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، دراسة وتحقيق عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، قدم له وقرضه: محمد بكر إسماعيل، طبعة خاصة، 1423هـ، 2003 م، دار عالم الكتب، الرياض ، (279/05).

جاء في رد المحتار: "له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبي ولو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية"[1]، ثم قال أيضا: "وينبغي عدم تخصيص الغزل، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب لأنها مستغنية عنه، لوجوب كفايتها عليه، وكذا من العمل تبرعا لأجنبي بالأولى"[2].

فيفهم من كلامه هذا أنه إذا كان لم يمنعها من ذلك فإن عصته وخرجت بدون إذنه كانت ناشزة مادامت خارجة، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة، حتى لو كان العمل الذي تشغله الزوجة من الأعمال الضرورية كالطبيبة والقابلة وغيرها، لأن الخروج إلى مثل هذه الأعمال هو فرض كفاية، وحق الإقامة في مترل الزوجية فرض عين وهو مقدم على فرض الكفاية[3].

وقد جاء في المبسوط: "ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم"[4]. وقال في موضع آخر أيضا:" وإذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت أن تتحول معه إلى مترله أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لأنها ناشزة، ولا نفقة للناشزة"، وقد علل هذا بأن الزوجة تستوجب النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه[5].

---

[1] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، (325/05).

[2] – المصدر السابق، (325/05).

[3] – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص466.

[4] – المبسوط للسرخسي، (181/05).

[5] – المصدر السابق، (186/05).

المالكية: يعتبر اشتراط الزوجة على زوجها عدم منعها من العمل خارج البيت عند العقد من الشروط التي ليست هي من مقتضيات العقد ولا منافية له، والتي قال فيها المالكية أنها شروط صحيحة لكن مكروهة ابتدءا، ولا يلزم الوفاء بها، بل يستحب، جاء في المعيار:" من تزوج ماشطة وشرطت عليه في عقد النكاح أن لا يمنعها من صنعتها وقبل ذلك منها، ثم أراد منعها من ذلك.

لا يلزمه الوفاء بالشرط، قيل إن كانت صنعتها لا تجوز فواضح، وإن كانت جائزة فتجري على مسألة إذا اشترطت أن لا يخرجها من بلدها، وظاهر المدونة عدم اللزوم، واستحب غير واحد الوفاء للحديث، ومال اللخمي إلى الوجوب وحكاه عن ابن شهاب وقال به بعض الموثقين"[1].

الشافعية: يرى الشافعية أن مثل هذا الشرط لا قيمة له، لأن النفقة عندهم تجب بالتمكين لا بالعقد ولأن للزوج على زوجته حق الحبس في مقابله وجوب النفقة، فإذا نشزت عليه سقط وجوب النفقة، وعمل الزوجة خارج البيت دون إذن الزوج تكون في حكم الناشزة[2].

الحنابلة: يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، لأن مثل هذا الشرط يجري على مسألة إذا اشترطت أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد[3].

الترجيح:

إن مقتضى العقد طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، والقرار في البيت من صلب مقتضياته

---

[1] – المعيار المعرب للونشريسي، (278،279/03).

[2] – مغني المحتاج للشربيني، (530،531/03).

[3] – المغني لابن قدامة، (449/07).

للأمر به في قوله تعالى: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ الأحزاب: ٣٣، ومنه فلا يلزم الزوج الوفاء بهذا الشرط شريطة أن لا يتعسف في استعمال سلطته في هذا الأمر، فلا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق[1]، بمنع الزوجة من العمل أو مطالبتها بتركه إذا كان بقصد الإضرار أو ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرجوة من ذلك، كما ينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو الأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرجوة منه، وإذا كان الإسلام قد كفل حق المرأة في العمل لكنه يشترط من ناحية أخرى عدم وقوع تعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأم، وألا يؤدي خروجها إلى الاختلاط أو الخلوة بأجنبي المنهي عنهما شرعا، وأن يكون العمل مشروعا، فإن كان العمل غير مشروع كان الشرط باطلا مع صحة العقد، ومن ثم لا يلزم الوفاء بهذا الشرط، كما يظهر مما سبق أن نفقة الزوجة على زوجها إنما شرعت مقابل قرارها في مترل الزوجية وتفرغها لصالح الزوج، فإذا اشتغلت بعمل خارج مترل الزوجية دون إذنه ورضاه ولو كان ذلك من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة، كانت مفوتة حقه فيفوت حقها وتسقط نفقتها، لأن الحقوق المترتبة على العقد متقابلة[2].

---

[1] – قد وجد الفقهاء نتيجة لاستقراء جزئيات الشريعة أن لنظرية التعسف ثلاثة معايير، إذ وجد واحد منها كان المستعمل لحقه متعسفا، وترتب عليه جزاء التعسف وهي:

المعيار الأول: استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار.

المعيار الثاني: ضآلة المصلحة قرينة على قصد الإضرار.

المعيار الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يقصد تحقيقها من استعمال الحق، انظر: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمرو، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1998م، دار النفائس، عمان، الأردن، ص183، 184.

[2] – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير ، ص468، 469.

أمّا قانون الأسرة الجزائري، فقد تطرق إلى هذا الشرط ونص عليه في المادة 19 المعدلة على سبيل المثال لا الحصر، والمقصود بعمل المرأة في هذا المقام هو أنه يجوز للمرأة أثناء عقد زواجها أن تشترط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة، وكذلك ألا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلا قبل زواجها، وفي المقام الأخير يجوز لها أن تشترط عليه إتمام دراستها إذا كانت تدرس ولا يوقفها من الدراسة بسبب الزواج، وهذه تعد من الشروط المستحدثة، ونظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب حصرها نص مشروع من باب التمثيل فقط وترك المجال للعرف والعادة[1].

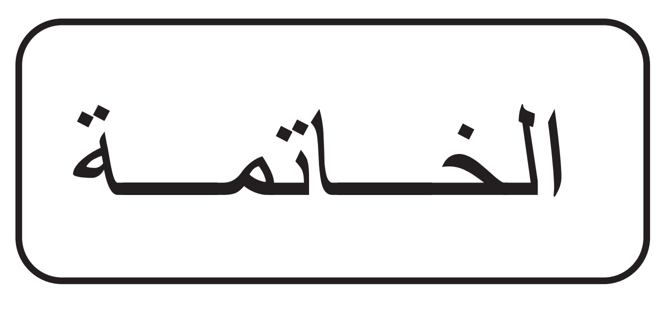
لقد اعتبر المشرع الجزائري أن اشتراط الزوجة على زوجها أن تبقى تمارس عملها أو تتابع دراستها من أهم الشروط الشرعية والقانونية للزوجة، بحيث لا تحل حراما ولا تحرم حلالا، ولا تمس بحقوق الغير ولا تضر أحدا، وإذا كان الزوج قد وافق على أحد أو بعض هذه الشروط ثم خالفها، وأخل بها فإن من حق الزوجة أن تقاضي زوجها أمام القضاء وتطلب التطليق وإنهاء عقد الزواج، باعتبار أن مثل هذه الشروط فيها منفعة للزوجة وليس فيها أضرارا بالغير ولا إهدار لحقوق الغير[2].

لكن من جهة أخرى لم يوضح المشرع الجزائري المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه للطلاق طلبا تعسفيا، ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا، وعليه يسقط حقها في التعويض[3].

1 – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص128.

2 – قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص75، 76.

3 – الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير ص470.



الخاتمة

بعد انتهائنا من إعداد هذا البحث المتواضع والذي يتعلق بموضوع الاشتراط في عقد النكاح وأثره، حيث تطرقنا إليه من حيث علاقة الاشتراط بسلطان الإرادة،وأهم الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية والقانون للاشتراط، وختمنا هذا البحث بالتطرق إلى أثر الاشتراط في عقد النكاح لأنه يعتبر نتيجة لما درسناه في بداية البحث،وكان هذا بتدعيم البحث ببعض التطبيقات لبعض الشروط المعاصرة التي يكون لها الأثر البالغ في استقرار الأسرة متناولين آراء الفقهاء فيها باعتبار أنّ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

وقد خرجت ببعض النتائج سأذكرها فيما يلي:

1- تقارب تعريفات علماء الأصول والفقهاء للشرط،واتفاقهم على أن الإرادة هي مصدر الاشتراط.

2- اتفاق الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود وهذا ما يسمى بمبدأ الرضائية في العقود.

3- مبالغة القانونيين في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، حتى أصبح للإرادة السطان الأكبر في تكوين العقد وحتى في الآثار التي تترتب عليه ومستندهم في ذلك قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وهذا بخلاف ه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أنّ تأثير الإرادة يكون في تكوين العقد وإيجاده، لا في إعطاء أحكامه وآثاره وبهذا تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع، لا من أعمال العاقد.

4- لما كانت حاجات الناس ورغباتهم في تعاقدهم لا تنتهي، رسمت الشريعة الإسلامية حدودا للاشتراط لتسود المعاملة العادلة بين الناس، وبسبب هذا اختلفت مذاهب الفقهاء في الاشتراط بين موسع ومضيق.

5- اختلاف الفقهاء في مدى تأثير هذه الشروط على عقد النكاح من حيث الصحة والفساد تبعا لاختلافهم في الأصل في الاشتراط الحظر أم الإباحة.

6- وسع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج، وخاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل وشرط عدم الزواج عليها،ورتب على عدم الوفاء بهذه الشروط الحق للمرأة في طلب التطليق وذلك وفقا للفقرة التاسعة من المادة 53، وتوسيع المشرع لدائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق القضائي يعتبر ارتقاء تدريجي لتكريس حق الزوجة في التطليق.

7- لم يوضح المشرع المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها.

8- أطلق المشرع العنان للزوجين في حرية الاشتراط وهذا وفقا للمادة 19، وجعل مسألة شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة في مرتبة الضروريات.

9- التناقض الموجود بين نص المادتين 32و35 من قانون الأسرة بحيث في المادة32 غلب الشرط على العقد والمادة35 غلب قوة العقد على الشرط مما يجعل الجمع بينهما متعذرا.

10- الأصل في العقود والشروط هو الجواز والصحة واللزوم والنفاذ، لكن يجب على الزوجين عدم التوسع في الاشتراط والمحافظة على قدوسية عقد الزواج، حتى لا تعصف أغراض وأهواء الزوجين بمقاصد النكاح النبيلة.

وختاما، فهذا جهد المقل أقدمه لنفسي ولطلبة العلم، والله أسال أن يسدد خطانا، ويلهمنا الصواب والرشاد في القول والعمل، ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ... ﴾	الإسراء	34	72،45
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ... ﴾	الحج	78	151
﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ... ﴾	المؤمنون	6 – 5	40
﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ ... ﴾	الروم	21	02
﴿ وَلَقَدۡ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبۡلُ لَا يُوَلُّونَ ... ﴾	الأحزاب	15	72
﴿ وَقَرۡنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ... ﴾	الأحزاب	33	172
﴿ فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأۡتِيَهُم بَغۡتَةٗۖ ... ﴾	محمد	18	13
﴿ مُنكَرٗا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورٗاۚ ... ﴾	المجادلة	2	89
﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ... ﴾	الطلاق	6	68

فهرس الأحاديث النبوية و الآثار

الحديث	الصفحة

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم وعلومه

1- أحكام القرآن - أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصّاص الحنفي-(ت-370هـ)- تحقيق: محمد الصادق قمحاوي - 1412هـ - 1992م - دار الإحياء والتراث العربي- بيروت - لبنان.

2- أحكام القرآن- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي- (ت- 543هـ)- راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا- الطبعة الثالثة 2003م- 1424 هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

3- تفسير الطبري المسمى جامع البيان عن تأويل آي القرآن- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت- 310هـ)- حققه وعلق حواشيه: محمود محمد شاكر- راجعه وخرج أحاديثه: احمد محمد شاكر- الطبعة الثانية- مكتبة ابن تيمية - القاهرة

4- الجامع لأحكام القرآن المبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي-(ت-671هـ) - تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي - الطبعة الأولى -1427هـ - 2006م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

ثانيا: مصادر الحديث وعلومه

5- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام – تقي الدين بن دقيق العيد – (ت-702 هـ) – تحقيق: عبد القادر عرفان العشّا حَسُونَة - بإشراف مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر.

6- **الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه " الموطأ " من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإجاز و الإختصار** – أبي عمر يوسف بن عبد البر – (ت-463 هـ) – وثق أصوله وخرَّج نصوصه د: عبد المعطي أمين قلعجي – الطبعة الأولى – 1414 هـ - دار الوعي – حلب – القاهرة.

7- **الإشراف على مذاهب العلماء** - أبي بكر محمد المنذر النيسابوري - (ت- 318 هـ) –حققه وقدم له وخرج أحاديثه د: أبو حماد صغير احمد الأنصاري - الطبعة الأولى- 1426هـ - 2005 م – مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة - الإمارت العربية المتحدة.

8- **إعلاء السنن** - ظفر أحمد العثماني التهانوي- الطبعة الأولى -1421 هـ- 2001 م دار الفكر- بيروت - لبنان.

9- **إهداء الديباجة بشرح سنن ابن ماجة**- صفاء الضوِّي أحمد العدوي- مكتبة دار اليقين.

10- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترميذي** - محمد عبد الرحمن المباركفوري - (ت-1353هـ) - أشرف على مراجعة أصوله وتصحيحه: عبد الوهاب عبد اللطيف - دار الفكر.

11- **تغليق التعليق على صحيح البخاري**-ابن حجر العسقلاني (ت-852 هـ) - دراسة وتحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى القزقي- الطبعة الأولى - 1405 هـ -1985م - المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان.

12- **تقريب التهذيب** - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - (ت-852 هـ) - حققه وعلق عليه: أبو الأشبال صغير أحمد شاغف الباكستاني - تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد - دار العاصمة .

13- تهذيب التهذيب - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني- (ت-852 هـ) - اعتناء إبراهيم الزيبق -عادل مرشد- مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة- مؤسسة الرسالة - بيروت- لبنان.

14- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام – محمد بن إسماعيل الصنعاني - (ت-1182 هـ) – تعليق وتخريج: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد – 1428 هـ - 2007 م - الكتاب العالمي للنشر- بيروت – لبنان.

15- سنن ابن ماجة- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة- (ت- 273هـ)- حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني - اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان- الطبعة الأولى - مكتبة المعارف - الرياض.

16- سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي - (ت-275 هـ) - إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد - الطبعة الأولى - 1418هـ - 1997م- دار ابن حزم- بيروت- لبنان.

17- سنن الترميذي - أبي عيسى بن سَوْرة الترميذي - (ت-297 هـ)- تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي - الطبعة الثانية -1388 هـ - 1968- مصر.

18- سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني - (ت-385 هـ) - وبذيله التعليق المغني على الدارقطني - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي- حققه وضبط نصّهُ وعلّقَ عليه : شعيب الأرنؤوط - حسن عبد المنعم شلبي- محمد كامل قره بللي - الطبعة الأولى- 1424 هـ - 2004 م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

19- السنن الكبرى - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي - (ت-458 هـ) - تحقيق: محمد عبد القادر عطا - الطبعة الثالثة- 2003 م - 1424 هـ - دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان.

20- السنن الكبرى - عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي- (ت-303 هـ)- قدم له د: عبد الله بن عبد المحسن التركي- أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط - حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى-1421 هـ - 2001 م - مؤسسة الرسالة - بيروت- لبنان.

21- شرح الزرقاني على موطأ مالك - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني - (ت-1122 هـ) – تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - دار البصائر - الجزائر.

22- شرح السنة - الحسين بن مسعود البغوي- (ت-516 هـ) – تحقيق: شعيب الأرنؤوط - الطبعة الثانية - 1403 هـ - 1983 م- المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان.

23- شرح ألفية العراقي في علوم الحديث - جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي -(ت-911 هـ) - دراسة وتحقيق: أبي حفص شاوي النعمان - الطبعة الأولى – 1429 هـ - 2008 م - دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

24- شرح سنن النسائي المسمى ذخيرة العقبى في المجتبى - جمعه محمد بن علي الأيتوبي الولوي - الطبعة الأولى - 1424 هـ - 2003 م- دار آل بروم - المملكة السعودية.

25- شرح صحيح البخاري- ابن بطال - ضبط نصَّه وعلق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم - مكتبة الرشد - الرياض.

26- **شرح صحيح مسلم** - محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي- (ت-676 هـ) - خرج أحاديثه: محمد بن عبادي بن عبد الحليم - الطبعة الأولى - 1424 هـ - 2003 م - مكتبة الصفا - الأزهر - القاهرة.

27- **شرح صحيح مسلم المسمى إكمال المُعْلم بفوائد مسلم** - القاضي أبي الفضل عياض - (ت-544 هـ) - تحقيق د: يحي إسماعيل - الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998 م - دار الوفاء - المنصورة.

28- **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان** - علاء الدين علي بن بلبان الفارسي - (ت-739 هـ) - حققهُ وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط - الطبعة الثانية - 1414 هـ - 1993 م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

29- **صحيح البخاري**- محمد بن إسماعيل البخاري- (ت- 256هـ) - اعتنى به: محمد زهير بن ناصر الناصر - الطبعة الأولى- 1422 هـ - دار طوق النَّجاة - بيروت - لبنان.

30- **صحيح مسلم** - مسلم بن حجاج النيسابوري- (ت-261 هـ)- تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي- دار إحياء التراث العربي- بيروت - لبنان.

31- **عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترميذي**- ابن العربي المالكي - (ت-543 هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

32- **العلل**- أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم - (ت-327هـ) تحقيق: فريق من الباحثين، بإشراف و عناية د: سعد بن عبد الله الحميد و د: خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى،1427هـ، 2006م، الرياض.

33- عون المعبود شرح سنن أبي داود - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي مع شرح ابن قيم الجوزية - تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان - الطبعة الثانية - 1388هـ- 1968 م - المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

34- فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني- (ت-852 هـ) - طبعة منقحة اعتنى بها أ: محمد فؤاد عبد الباقي - الطبعة الثالثة - 1420 هـ -2000 م - دار الفيحاء - دمشق.

35- القبس في شرح الموطأ مالك بن أنس - ابن العربي - (ت-543 هـ) - دراسة وتحقيق د: محمد عبد الله ولد كريم – الطبعة الأولى -1992 م –دار الغرب الإسلامي – بيروت- لبنان.

36- المستدرك على الصحيحين - أبي عبد الله الحاكم النيسابوري - (ت-405 هـ) وبذيليه التلخيص للحافظ الذهبي - إشراف د: يوسف عبد الرحمن المرعشلي - دار المعرفة - بيروت - لبنان.

37- المصنف - أبي بكر عبد الرَّزَّاق بن همام الصنعاني - (ت-211 هـ) و معه كتاب الجامع لمعمر بن راشد الأزدي رواية عبد الرَّزَّاق الصنعاني - حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليها: حبيب الرحمن الأعظمي - الطبعة الثانية -1403 هـ - 1983 م -المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان.

38- المصنف - أبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم ابن أبي شيبة- (ت-235 هـ) - تقديم د: سعد بن عبد الله آل حُميِّد – تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة - محمد بن إبراهيم اللحيدان- الطبعة الأولى - 1425 هـ - 2004 م – مكتب الرشد ناشرون- المملكة العربية السعودية - الرياض.

39- معالم السنن - أبي سليمان حمد الخطابي - (ت-388 هـ) - طبعه وصححه: محمد راغب الطَّبَّاخ - الطبعة الأولى -1352 هـ - 1934 م- حلب.

40- معرفة السنن والآثار - أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي - (ت-458 هـ) - وثق أصوله وخرج حديثه وعلق عليه د: عبد المعطي أمين قلعجي - الطبعة الأولى -1411 هـ - 1991 م - دار قتيبة - دمشق.

41- مقدمة ابن الصَّلاح - علوم الحديث ابن الصَّلاح أبي عمر عثمان بن عبد الرحمن الشَّهْرَزوري - (ت-643 هـ) اعتنى به وعلق عليه إسماعيل زرمان - الطبعة الأولى- 1428 هـ -2007 م- مؤسسة الرسالة – ناشرون - بيروت - لبنان.

42- المنتقى شرح موطأ مالك - أبي الوليد سليمان الباجي - (ت-494 هـ) - تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا - الطبعة الأولى - 1420 هـ - 1999 م - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

43- الموطأ - مالك بن أنس - (ت-179 هـ) - رواية يحي بن يحي الليثي الأندلسي - (ت-244 هـ) - حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه د: بشار عواد معروف – الطبعة الثانية 1417 هـ - 1997 م - دار الغرب الإسلامي.

44- ميزان الإعتدال في نقد الرجال - شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي -(ت-748 هـ) - ويليه ذيل ميزان الإعتدال لأبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي - (ت-806 هـ)- دراسة وتحقيق وتعليق: علي محمد معوَّض - عادل أحمد عبد الموجود - شارك في تحقيق أ د: عبد الفتَّاح أبوسِنَّة - الطبعة الأولى - 1416 هـ - 1995 م - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

45- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار - محمد بن علي الشوكاني -الطبعة الأولى - 1430 هــ - 200- م -شركة ابن باديس للكتاب - بولوغين - الجزائر.

ثالثا: كتب الفقه

أ- مصادر الفقه الحنفي:

46- الإختيار لتعليل المختار – عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي- حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: علي عبد الحميد أبو الخير - محمد وهبي سليمان- الطبعة الأولى- 1419هــ - 1998 م- دار الخير – دمشق.

47- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني- (ت-587 هــ) - الطبعة الثانية - 1406 هــ - 1986 م- دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

48- البناية في الشرح الهداية- أبي محمد محمود العيني - الطبعة الثانية- 1411 هــ- 1990 م - دار الفكر- بيروت- لبنان.

49- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- محمد أمين الشهير بابن عابدين - دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض- قدم له وقرضه أ د: محمد بكر إسماعيل- طبعة خاصة - 1423هــ- 2003 م - دار عالم الكتب – الرياض – المملكة العربية السعودية.

50- شرح فتح القدير- كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي- (ت-861هــ) – على الهداية شرح بداية المبتدي – برهان الدين المرغيناني – (ت-593 هــ) - علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي- الطبعة الأولى- 2003 م - 1424 هــ - دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان.

51- **المبسوط** - شمس الدين السرخسي - بدون رقم وسنة الطبع - دار المعرفة - بيروت - لبنان.

ب- مصادر الفقه المالكي:

52- **إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل** - محمد باي بلعالم - الطبعة الأولى - 1428 هـ- 2007 م - دار ابن حزم - بيروت – لبنان.

53- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** - أبي الوليد محمد ابن رشد القرطبي – (ت- 595 هـ) - تحقيق وتعليق ودارسة: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود - الطبعة الثانية - 1420هـ - 2000م - دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان.

54- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**- ابن عرفة الدسوقي -(ت-1230 هـ) - خرج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شاهين- الطبعة الأولى- 1417 هـ - 1996 م - دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

55- **الذخيرة**- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - (ت-684 هـ) - تحقيق أ: محمد بوخبزة - الطبعة الأولى- 1994م- دار الغرب الإسلامي- بيروت.

56- **شرح حدود بن عرفة** - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع - (ت-894 هـ) - الطبعة الأولى - 1430هـ - 2009م - دار القدس - القاهرة.

57- **الفقه المالكي في ثوبه الجديد**- د: محمد بشير الشقفة - الطبعة الثانية - 1422 هـ - 2001 م - دار القلم – دمشق.

58- **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني** – أحمد بن غنيم النفراوي المالكي- (ت-1125 هـ) - إشراف: مكتب البحوث والدراسات - 1428 هـ - 1429 هـ - 2008 م - دار الفكر - بيروت – لبنان.

59- **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية** - محمد بن جزي – (ت-757هـ) – تحقيق د: يحي مراد – الطبعة الأولى- 1430 هـ - 2009 م- مؤسسة المختار للنشر والتوزيع – القاهرة.

60- **مدونة الفقه المالكي وأدلته** – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني- الطبعة الأولى- 1429هـ- 2008م- دار ابن حزم- بيروت- لبنان.

61- **المدونة الكبرى**- مالك ابن أنس الأصبحي- بدون رقم الطبعة - 1425هـ 1426هـ، 2005م - دار الفكر- بيروت – لبنان.

62- **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب** – أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي - (ت-914هـ) - خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د: محمد حجي - الطبعة الأولى- 1401هـ- 1981م- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية – الرباط.

63- **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات** – أبي محمد عبد الله أبي زيد القيرواني- (ت-386هـ) - تحقيق أ: محمد عبد العزيز الدباغ - الطبعة الأولى - 1999م - دار الغرب الإسلامي- بيروت - لبنان.

ج – مصادر الفقه الشافعي:

64- **الأم** - محمد بن إدريس الشافعي- (ت - 204 هـ) - تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب - الطبعة الأولى- 1422 هـ - 2001م - دار الوفاء – المنصورة.

65- **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** - أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري - تحقيق وتعليق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود - قدم له وقرضه أد: محمد بكر

إسماعيل – أد: عبد الفتاح أبو سنة – الطبعة الأولى- 1414هـ- 1994م – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

66- **روضة الطالبين** – أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي – (ت-676هـ) – تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود – علي محمد معوض – بدون رقم الطبعة – 1423 هـ – 2003م – دار عالم الكتب – المملكة العربية السعودية – الرياض.

67- **المجموع شرح المهذب للشيرازي** – بقلم: محمد نجيب المطيعي – دون رقم وسنة الطبع – مكتبة الإرشاد – جدة – المملكة العربية السعودية.

68- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** – شمس الدين محمد الخطيب الشربيني – دراسة وتحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود – قدم له وقرظه أد: محمد بكر إسماعيل – الطبعة الأولى – 2006م – 1427هـ – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

69- **المهذب في فقه الإمام الشافعي** – أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي – (ت-476هـ) – ضبطه وصححه ووضع حواشيه: زكريا عميرات – الطبعة الأولى – 1416 هـ – 1995م – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

70- **الوسيط في المذهب** – محمد بن محمد الغزالي – (ت-505هـ) – حققه وعلق عليه: محمد محمد تامر – الطبعة الأولى- 1417 هـ – 1997م – دار السلام.

د- مصادر الفقه الحنبلي:

71- **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية** – أحمد ابن تيمية – حققه وخرج أحاديثه: أحمد بن محمد بن حسن الخليل – بدون رقم وسنة الطبع – دار العاصمة.

72- **إعلام الموقعين عن رب العالمين** – ابن قيم الجوزية – (ت-751هـ) – قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان – شارك في التخريج:

أبو عمر أحمد - الطبعة الأولى - رجب 1423هـ - دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية.

73- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** - علاء الدين أبي الحسن علي المرداوي - (ت-885هـ) - صححه وحققه: محمد حامد الفقي - الطبعة الأولى - 1375هـ - 1956م - بدون دار النشر.

74- **بيان الدليل على بطلان التحليل** - ابن تيمية - (ت-728هـ) - حققه وخرج أحاديثه: حمدي عبد المجيد- الطبعة الأولى -1998م - المكتب الإسلامي.

75- **الروض المربع شرح زاد المستقنع** - منصور بن يونس البهوتي - خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير - بدون رقم وسنة الطبع - مؤسسة الرسالة - بيروت — لبنان.

76- **الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع** — منصور بن يونس البهوتي - تحقيق: سعيد محمد اللحام - بدون رقم وسنة الطبع - دار الفكر - بيروت — لبنان.

77- **زاد المعاد في هدي خير العباد** - شمس الدين ابن قيم الجوزية - (ت-751هـ) - تحقيق: عماد زكي البارودي - خيري سعيد - بدون رقم وسنة الطبع- المكتبة التوفيقية - القاهرة - مصر.

78- **الشرح الممتع على زاد المستقنع** - محمد بن صالح العثميين - الطبعة الأولى- 1427هـ - دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية.

79- **الكافي** - ابن قدامة المقدسي - (ت-620هـ) — تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي- الطبعة الأولى - 1418 هـ - 1997م - دار هجر.

80- **كشاف القناع عن متن الإقناع** — منصور بن يونس البهوتي - تحقيق: محمد أمين الضناوي - الطبعة الاولى - 1417هـ - 1997م - عالم الكتب - بيروت — لبنان.

81- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام** - أحمد ابن تيمية - جمع وترتيب: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وساعده ابنه: محمد - بدون رقم الطبعة - 1425هـ - 2004م - إشراف: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية - مجمع ملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

82- **المغني** - موفق الدين ابن قدامة المقدسي- بدون رقم الطبعة - 1403هـ - 1983م - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

83- **منار السبيل في شرح الدليل** - إبراهيم بن محمد بن ضويان - تحقيق: زهير الشاويش - الطبعة الخامسة - 1402هـ - 1982م - المكتب الإسلامي - بيروت.

84- **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات** - تقي الدين محمد الفتوحي الشهير بابن النجار - (ت-972هـ) – تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي - الطبعة الأولى - 1419 هـ - 1999م - مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان.

هـ – مصادر الفقه الظاهري:

85- **المحلى**- أبي محمد علي بن أحمد بن حزم - (ت-456هـ) - تحقيق: أحمد محمد شاكر - بدون رقم الطبعة - 1426هـ - 2005م - مكتبة دار التراث - القاهرة.

و- مراجع الفقه العام:

86- **ابن حنبل – حياته وعصره و آراؤه الفقهية –** محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي.

87- **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**- د: عبد القادر داودي - الطبعة الثانية -2010 - دار البصائر - الجزائر.

88- **أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** - أ د: محمد مصطفى شبلي - الطبعة الرابعة - 1403هـ - 1983م- الدار الجامعية – بيروت.

89- **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** - د: أحمد فراج حسين - 1997م - ديوان المطبوعات الجامعية - الإسكندرية.

90- **الأحوال الشخصية** - محمد أبو زهرة - الطبعة الثالثة - 1377هـ - 1957م - دار الفكر العربي.

91- **أسباب انحلال العقود غير المالية** - د: أحمد اليُوسف - الطبعة الأولى - 1430هـ - 2009 م- دار التدمرية - الرياض - المملكة العربية السعودية.

92- **الإستحسان – حقيقته – أنواعه – حجيته – تطبيقاته المعاصرة** - د: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين- الطبعة الأولى - 1428هـ - 2007م - مكتبة الرشد - ناشرون - المملكة العربية السعودية - الرياض.

93- **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله** - أ د: محمد فتحي الدريني - الطبعة الأولى -1414هـ - 1994م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

94- **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية** - د: عبد الفتَّاح عَمْرو - الطبعة الأولى 1428 هـ - 1998 م - دار النفائس - عمان - الأردن.

95- **الشروط الجعلية في عقود الزواج** - د(ة): نوَّارة درّي - الطبعة الأولى - 1430 هـ - 2009 م - دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

96- الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الإختلافات الأصولية فيها – محمد علوشيش الورثلاني- الطبعة الأولى -1417هـ - 1997م شركة دار الأمة - برج الكيفان- الجزائر.

97- عقد الزواج والشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد - د: نشوة العلواني - الطبعة الأولى- 1424هـ - 2003 م- دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

98- الفقه الإسلامي وأدلته - أ د: وهبة الزحيلي - الطبعة التاسعة -1427هـ - 2006 م - دار الفكر - دمشق.

99- محاضرات في الفقه المقارن - د: محمد سعيد رمضان البوطي - الطبعة الثانية - 1422هـ- 2001 م- دار الفكر- دمشق- سوريا.

100- محاضرات في عقد الزواج وآثاره - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي.

101- المدخل الفقهي العام - مصطفى أحمد الزرقا - الطبعة الثانية -1425 هـ - 2004 م - دار القلم - دمشق.

102- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - محمد مصطفى شبلي - 1382هـ - 1962م - مطبعة دار التأليف- الإسكندرية.

103- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي – د: عبد الرحمان الصابوني - الطبعة الرابعة – 1398-هـ - 1978م - المطبعة الجديدة - دمشق.

104- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - د: عبد الكريم زيدان - دار عمر بن الخطاب - الإسكندرية.

105- المدخل للفقه الإسلامي – الملكية ونظرية العقد - د: أحمد فَرَّاج حسين - الدّار الجامعية - سنة 2001 م.

106- **المفصَّل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية** - د: عبد الكريم زيدان - الطبعة الأولى - 1413هــ - 1993م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

107- **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة.

108- **نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية** - أ د: حسن علي الشاذلي - الطبعة الأولى -1430هــ - 2009م - دار كنوز إشبيليا - المملكة العربية السعوية- الرياض.

109- **نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون** - زكي الدين شعبان - الطبعة الأولى 1968م - دار النهضة العربية- القاهرة.

رابــعا: مصادر أصول الفقه والقواعد الفقهية:

110- **أثر الاختلافات في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** - د: مصطفى سعيد الخن - الطبعة السابعة - 1418هــ - 1998م - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.

111- **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**- محمد بن علي الشوكاني -تحقيق: أحمد عزو عناية - قدم له: خليل الميس و د: ولي الدين صالح فرفور- الطبعة الأولى - 1419هــ - 1999م- دار الكتاب العربي.

112- **الأشباه والنظائر** - أبي بكر السيوطي -(ت-911هــ) - الطبعة الأولى - 1403هــ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

113- **أصول السرخسي** - أحمد بن أبي سهل السرخسي - (ت-490هــ) - تحقيق: ابو الوفا الأفغاني - الطبعة الأولى - 1414هــ - 1993م- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

114- أصول الشاشي - لأبي علي أحمد بن إسحاق الشاشي - (ت-344هـ) - وبهامشه عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي للمولى محمد فيض الحسن الكنكوهي - ضبطه وصححه: عبد الله محمد الخليلي- الطبعة الأولى – 2003 م - 1424هـ - دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان.

115- أصول الفقه الإسلامي - د: وهبة الزحيلي - الطبعة الأولى - 1406هـ - 1986م - دار الفكر - دمشق.

116- أصول الفقه - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي.

117- ترتيب فروق لقرافي وتلخيصها والإستدلال عليها - أبو عبد الله بن محمد بن إبراهيم البقوري – تحقيق: الميلودي بن جمعة و أ: الحبيب بن طاهر - الطبعة الأولى - 1424هـ - 2003م - مؤسسة المعارف - بيروت - لبنان.

118- رفع النقاب عن تنقيح الشهاب - حسين بن علي بن طلحة الرجراجي الشوشاوي - (ت-899هـ) - تحقيق د: أحمد بن محمد السراج - الطبعة الأولى - 1425هـ - 2004م - مكتبة الرشد - ناشرون - المملكة العربية السعودية - الرياض.

119- روضة الناظر وجنة المناظر - أبو محمد بن قدامة المقدسي - تحقيق أ: عبد العزيز عبد الرحمن السعيد - الطبعة الثانية - 1399هـ - جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض.

120- شرح القواعد الفقهية - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - دار القلم - دمشق - سوريا.

121- شرح الكوكب المنير - تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار- (ت-972هـ) - تحقيق د: محمد الزحيلي و د: نزيه حمَّاد - الطبعة الثانية -1428هـ - 1997م - مكتبة العبيكان.

122- **شرح مختصر الروضة** - نجم الدين الطوفي - (ت-716هـ)- تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي - الطبعة الثانية - 1419هـ - 1998م - الرياض - المملكة السعودية.

123- **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر** - زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي - (ت-970هـ) - شرح: أحمد بن محمد الحنفي الحموي - الطبعة الأولى - 1405هـ- 1985م - دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان.

124- **الفروق أو أنوار البُروق في أنواء الفروق** - أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي - (ت-674هـ) - دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية - محمد أحمد سراج - علي جمعة محمد - الطبعة الأولى - 1421هـ - 2001م - دار السلام - القاهرة- مصر.

125- **القواعد** - أبي عبد الله محمد بن محمد المقري - (ت-758هـ) - تحقيق ودراسة أ د: أحمد بن عبد الله بن حميد - معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى- مكة المكرمة.

126- **القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات** - د: الجيلالي المريني - الطبعة الأولى - 1423هـ - 2002م - دار ابن قيم.

127- **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها** - د: صالح بن غانم السدلان - الطبعة الأولى-1417هـ - دار بلنسية - المملكة السعودية - الرياض.

128- **القواعد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي** - د: عبد القادر داودي - الطبعة الأولى- 1430هـ - 2009م - دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

129- **القواعد النورانية الفقهية** - أبو العباس تقي الدين ابن تيمية - (ت-728هـ) - تحقيق د: أحمد بن محمد الخليل - دار ابن الجوزي.

130- **القوعد الفقهية - الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر** - محمود بن مسعود العُمَيْري الهُذَلي - الطبعة الأولى -1430هـ - 2009م - دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

131- **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي** - أحمد بن محمد علاء الدين البخاري - (ت-730هـ)- تحقيق عبد الله محمود محمود عمر - الطبعة الأولى - 1418هـ - 1997م - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

132- **مذكرة في أصول الفقه** - محمد الأمين الشنقيطي - جمعها عطية محمد سالم - دار الإتقان - الإسكندرية.

133- **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده** - د: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ - الطبعة الأولى - 1423هـ - 2002م - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - الإمارات العربية المتحدة - دبي.

134- **المستصفى من علم الأصول** - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي - (ت-505 هـ) - تحقيق د: حمزة بن زهير حافظ.

135- **المنثور في القواعد** - محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي - (ت-794هـ) - تحقيق د: تيسير فائق أحمد محمود - راجعه د: عبد الستّار أبو غدّة - الطبعة الأولى 1402هـ - 1982م - وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية - الكويت.

136- **الموافقات في أصول الشريعة** - أبي إسحاق الشاطبي - تحقيق: محمد عبد القادر الفاضلي - 1428هـ -2007م - المكتبة العصرية - صيدا- بيروت - لبنان.

137- موسوعة القواعد الفقهية - د: محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغِزّي - الطبعة الأولى - 1421هـ - 2000م - مكتبة التوبة - الرياض - المملكة العربية السعودية - دار ابن حزم - بيروت - لبنان.

138- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - د: أحمد الريسوني - الطبعة الأولى- 1418هـ- 1997م - دار الكلمة - المنصورة - مصر.

خامسا: المراجع القانونية

I - النصوص القانونية

139- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين - آخرها القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 .

140- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

141- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

142- قانون المعاملات المدنية - الإمارات (1985/05).

143- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

144- قانون عدد 87 لسنة2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية - الرائد الرسمي عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005.

145- مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.

II - مراجع قانونية عامة :

146- تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - أ: بن زيطة عبد الهادي - الطبعة الأولى 1429هـ - 2008م - دار الخلدونية - الجزائر.

147- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الزواج وآثاره - د: عبد الرحمان الصابوني - الطبعة السابعة - 1996 م - منشورات جامعة دمشق.

148- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية - د: بن شويخ الرشيد - الطبعة الأولى - 1429 هـ - 2008 م - دار الخلدونية - الجزائر.

149- صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر - أ: باديس ذيابي - دار الهدى - عين مليلة - الجزائر.

150- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل - أ: عبد العزيز سعد - الطبعة الثانية- 2009 م - دار هومه - الجزائر.

151- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما - تم وضعه على يد لجنة خاصة مذكرته الإيضاحية مابين 1959 - 1961 برئاسة أ: مصطفى أحمد الزرقا - الطبعة الأولى 1416هـ -1996م - دار القلم - دمشق.

152- مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - د: عبد الرزاق أحمد السنهوري- الطبعة الثانية - 1998م - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان.

153- موسوعة العقود المدنية والتجارية- د: إلياس ناصيف - بدون رقم الطبعة ودار النشر- 1997 م

154- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري - د: سليمان ولد خسال - الطبعة الأولى - 1432هـ - 2010م - دار طليطلة - الجزائر.

155- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري - د: بلحاج العربي - الطبعة الثالثة - 2004م - ديوان المطبوعات الجامعية - الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر.

156- النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام - مقارنة بين القوانين - د: توفيق حسن فرج - الطبعة الثانية - 2002 م - منشورات الحلبي الحقوقية.

157- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - د: خليل أحمد حسن قدادة - طبعة 1994 م - ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون - الجزائر.

158- الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجزائري الجديد وعرض أسبابه المذكور فيه- أ: بن داود عبد القادر - جريدة الأحرار - العدد 2018 بتاريخ الأحد 17 أكتوبر 2004.

159- الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري- د: محمد حسين 1983 - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر.

160- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - د: عبد الرزاق السنهوري - دار النهضة العربية - القاهرة.

161- المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري- لوعيل محمد لمين - الطبعة 2004 - دار هومه - الجزائر

III - الاجتهاد القضائي:

162- المحكمة العليا - نشرة القضاة - 1972 - العدد الثاني.

163- المحكمة العليا - مجلة القضائية - 1992 - العدد الرابع.

164- المحكمة العليا - مجلة المحكمة العليا - 2005 – العدد الأول.

165- المحكمة العليا - مجلة المحكمة العليا - 2006 – العدد الأول.

166- المحكمة العليا - مجلة المحكمة العليا -2009 – العدد الأول.

سـادسا: الرسائل العلمية والمقالات:

167- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - محفوظ بن صغير - رسالة دكتوراه - كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية - جامعة الحاج لخضر- باتنة - 2008 م - 2009 م.

168- الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري - مسعودي يوسف - رسالة ماجستير - المركز الجامعي - بشار - 2006 م - 2007 م.

169- سلطة القاضي في تعديل العقد - عبد الحميد بن شنيتي - رسالة دكتوراه في القانون - 1996 م - معهد الحقوق والعلوم الإدارية- جامعة الجزائر.

170- الشرط المقترن بالعقد - دراسة مقارنة - لمطاعي نور الدين - رسالة ماجستير - 1995م - 1996م - معهد الحقوق و العلوم الإدارية - جامعة الجزائر .

171- ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي- د: رباحي أحمد - مجلة سداسية - دراسات قانونية - كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - العدد السابع - 2010م.

172- **قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط** - أ: سليمان ولد خسال - مجلة المعيار- كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية - جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة - العدد التاسع - جويلية 2004 م.

173- **مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي** - عبد القادر داودي - رسالة دكتوراه كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية - 2004 م-2005 م- جامعة وهران - السانيا.

174- **الواقعة الشرطية - دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الأردني** - د: ياسين محمد الجبوري - مجلة التشريع والقانون - كلية الحقوق - جامعة الزيتونة الأردنية - العدد الحادي و العشرون - يوينو2004 م.

سابعا: الاصطلاح والمعاجم

175- **التعريفات** - محمد بن علي الجرجاني- تحقيق نصر الدين تونسي الطبعة الأولى - 2007م -القاهرة.

176- **لسان العرب** - محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري - طبعة مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من الأساتذة المتخصصين - 1423 هـ - 2003 م - دار الحديث - القاهرة.

177- **مختار الصحاح** - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - تحقيق: محمود خاطر - طبعة جديدة - 1415 هـ - 1995 م - مكتبة لبنان ناشرون - بيروت.

178- **المعجم الوسيط** - محمد النجار - تحقيق مجمع اللغة العربية - دار الدعوة.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الفصـــل الأول:

ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون

الموضوع	الصفحة

الفصـــل الثاني:

أثر الاشتراط في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي والقانون

وزارة التعليم العالي والب

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامي

قسم العلوم الإسلامية

الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

إعداد الطالب :سي ناصر بوعلام **إشراف الدكتور: عبد القادر داودي**

السنة الجامعية: 2011 – 2012 م

ملخص البحث:

إن الدراسة في الأحوال الشخصية تعتبر شيقة لأنها تعالج فقها واقعيا، ولعل موضوع الاشتراط في عقد النكاح يجد اهتماما متزايداً هذه الأيام، فأردت دراسته من الناحية الفقهية والقانونية كدراسة مقارنة، وهذا لما له من أهمية بالغة فقد يؤثر على عقد النكاح من حيث الصحة والفساد وعلاقته بقواعد الالتزام ومبدأ سلطان الإرادة، علما أن الإشكالية التي يدور عليها البحث هي:هل على القول بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز والصحة يبيح للزوجين أن يشترطا ما بدا لهما؟ أم لابد من هناك من ضوابط؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سرت على الخطة الآتية: مقدمة وتطرقت فيها للتعريف بالموضوع، وفصل تمهيدي لبيان حقيقة الشرط وسلطان الإرادة وفصل أول بعنوان ضوابط الاشتراط، وفصل ثان كأثر لما سبق بعنوان أثر الاشتراط على عقد النكاح وخلصت بنتائج أهمها: اختلاف الفقهاء في مدى تأثير هذه الشروط على عقد النكاح من حيث الصحة والفساد تبعا لاختلافهم في الأصل في الاشتراط الحظر أم الإباحة كما لم يوضح المشرع الجزائري المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها.

الكلمات الافتتاحية:

حقيقة؛ علاقة؛ ضوابط؛ مسلك؛ مناقشة؛ ترجيح؛ مقارنة؛ أثر؛ التفريق؛ انحلال.